Diss. Erlangen
1896
T. Siebert

Kann nach gemeinem Rechte der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät

der

kgl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Theodor Siebert,
Kammergerichts-Referendar
aus Frankfurt a. O.

FRANKFURT a. ODER,
Druck von Paul Beholtz, Brückthorstrasse 7 u. 8.
1896.

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

Disposition.

A. Die Zulassung der direkten Stellvertretung lässt die Frage entstehen, ob nicht der Stellvertreter mit sich selbst einen Vertrag schliessen könne. § 1.

B. Kann der Stellvertreter nach gemeinem Rechte mit sich selbst kontrahieren?

I. Ist begrifflich ein Selbstkontrahieren überhaupt möglich? § 2.

Wird es nicht ausgeschlossen:

1. aus formalen Gründen dadurch, dass zu einem Vertrage zwei physische Personen und eine Erklärung der beiden Parteiwillen erforderlich ist? § 3.
2. aus materiellen Gründen dadurch, dass die Kollision der Interessen des Vertreters und des Vertretenen ein gültiges Geschäft nicht entstehen lässt? § 4.

Anhang: Wie kann ein positives Recht sich zu zu der Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens stellen, namentlich mit Rücksicht auf ein etwa hervortretendes Bedürfnis? § 5.

II. Wie ist die Frage nach gemeinem Rechte zu entscheiden?

1. Das römische Recht hat, da es die direkte Stellvertretung nicht prinzipiell anerkannte,

das Selbstkontrahieren nur in vereinzelten Fällen zugelassen. § 6.
a) Solution des Vertreters an sich, § 7.
b) Darlehnsentnahme des Vertreters aus dem Vermögen des Vertretenen, § 8.
c) Kauf vom Vertretenen, § 9.
d) Nicht dagegen Erlass- oder andere Verträge. § 10.
2. Das Recht der Novelle 72. § 11.
3. Das gemeine Recht erkennt im Prinzip das Selbstkontrahieren des Stellvertreters als zulässig an. § 12.
C. Die Stellung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zu der Frage der Statthaftigkeit des Selbstkontrahierens. § 13.

§ 1.

Das Institut der direkten Stellvertretung hat lange Zeit im Rechtsleben aller Völker, wie namentlich im römischen Rechte, um seine Anerkennung kämpfen müssen. Mochte auch das Bedürfnis, dass durch eine Rechtshandlung des Vertreters ipso jure Rechte und Verbindlichkeiten in der Person des Vertretenen entstehen, noch so dringend gewesen, mochten die vom Rechte gewährten Hilfsmittel, durch welche man jenen Zweck auf Umwegen erreichen konnte, noch so unvollkommen und unzureichend gewesen sein — in Rom blieb man die Jahrhunderte hindurch auf dem Standpunkte stehen, den man von Anfang an behauptet hatte: dass eine direkte Stellvertretung im Prinzip unzulässig sei. Heute finden wir diese bei den Kulturnationen allgemein anerkannt.

Ist die Vornahme von Rechtsgeschäften durch Vertreter mit verbindlicher Kraft für den Vertretenen einmal zugelassen, so liegt die Frage nahe: Sollte nicht ein Stellvertreter einen Vertrag in der Weise schliessen können, dass er einerseits für sich im eigenen Namen, andrerseits für den Vertretenen in dessen Namen handelt? Theorie und Praxis haben sich in letzter Zeit wiederholt mit diesem Verhältnis beschäftigt, ein übereinstimmendes Resultat ist aber nicht gewonnen worden.

Ehe die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung allgemein anerkannt war, hatte sich die Doktrin mit einer Untersuchung über die grundsätzliche Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nicht befasst. Die Glosse, Bartolus und Baldus, Cujacius, sowie die älteren gemeinrechtlichen Juristen beschränkten sich in der Regel darauf, dasselbe für unmöglich zu erklären, liessen jedoch bestimmte, in den

Quellen vorgesehene Ausnahmen zu [1] [2]). Ob jene Unmöglichkeit eine begriffliche sei, notwendig gegeben durch den Vertragsbegriff, oder ob sie auf positive Verbote zurückzuführen sei, ist nicht zu ersehen. Selbst in der neueren Doktrin wird der Vertragsschluss mit sich selbst oft gar nicht erwähnt oder mit der gleichen Unbestimmtheit behandelt wie früher [3]), bisweilen wird jedoch die Unmöglichkeit desselben stärker betont [4]). Ebenso unsicher und ungleichmässig äussern sich verschiedene Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe: teils reden sie von einer in der Natur der Sache begründeten Unmöglichkeit [5]) des Vertragsschlusses mit sich selbst, teils beanstanden sie einen solchen durchaus nicht [6]).

---

[1]) Wegen der Litteratur verweisen wir auf Rümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Freiburg 1888, p. 2 ff. Wir werden uns hier auf das Notwendigste beschränken.

[2]) Ein gutes Beispiel für diese Unklarheit bietet Turri, (Raphaele de, tractatus de cambiis: Franc. 1645): disp. 1 qu. 15 n. 8: tutor potest emere rem pupilli . . . ipsomet emptore. n. 20, 22, 25, 33 wird die Möglichkeit eines derartigen Kaufes geleugnet. Den Schlüssel für die Widersprüche, welche sich ähnlich noch bei vielen, selbst bei Windscheid (Pandekten 7. Aufl. 1891 vergl. § 388 Anm. 14 p. 413 mit § 440 p. 601 Anm. 7) finden, kann vielleicht Donellus bieten (opera Bd. XII p. 539): quod tamen dicimus, tutorem in rem suam auctorem fieri non posse, sic accipiendum est, si principaliter res tutoris geratur. Quod si principaliter res pupilli solius agetur: quominus tutor ei rei auctor fiat, nihil est impedimento.

[3]) z. B. Keller, Pandekten § 432 p. 819, Sintenis, Civilrecht Leipzig 1868, § 116 Anm. 11 p. 605, § 113 p. 557. Derselbe Pfandrecht, Halle 1836, § 54 p. 513. Punchta, Pandekten (6. Aufl. bes. von Rudorff, 1852) § 351 p. 519. Grünhut, Kommissionshandel, Wien 1879 p. 452.

[4]) z. B. Salmann, duplex persona in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 41 p. 365.

[5]) z. B. das Erkenntnis des 1. Senats des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel, mitgeteilt in Seufferts Archiv Bd. 27 n. 42 p. 65.

[6]) z. B. Entscheidung des Reichsoberhandelsgericht, Bd. 8 n. 95 p. 392.

Zuerst hat sich ex professo mit dieser Frage Römer beschäftigt (über das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, im 19. Bande von Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht p. 67 ff). Er stellt (a. a. O. p. 67—69) etwa folgende Theorie auf: Niemand kann mit sich selbst ein Rechtsgeschäft schliessen; wohl aber kann ein Rechtssubjekt, dem eine Verfügungsgewalt über zwei Vermögenskomplexe zusteht, einen Vertrag in sich selbst abschliessen.

Auf Grund der gleichen Voraussetzungen gelangt Rümelin zu einem in manchen Punkten erheblich abweichenden Resultate: er leugnet das Zustandekommen eines wirklichen Vertrages, wenn ein Stellvertreter mit sich selbst kontrahiert. Es liege vielmehr dann ein einseitiges Geschäft des Vertreters vor, das zwar an und für sich Rechtswirkungen äussern, jedoch mit den vollen Wirkungen eines Vertrages nur durch positive Bestimmungen ausgestattet werden könne.

Die von Römer angeregte Frage ist wiederholt im entgegengesetzten Sinne beantwortet worden, so namentlich von Bechmann [1]), Lepa [2]) und Muskat [3]). Dieselben erklären den Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst für eine rechtliche Unmöglichkeit. Ihnen hat sich in jüngster Zeit auch Eck [4]) und Leonhard [5]) angeschlossen.

Dieses Schwanken der Ansichten, das unausgesetzt bis heute fortbesteht, wird vor allem durch den Umstand charakterisiert, dass der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in seiner ersten Lesung das Prinzip der prinzipiellen Zulässigkeit des Selbst-

---

[1]) System des Kaufs nach gemeinem Recht, Erlangen 1884, II. Teil 1. Abteil. p. 286, 409.

[2]) Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. Stuttgart 1883.

[3]) Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht N. F., Bd. 18 p. 507.

[4]) In Zeitschrift f. H. Bd. 39 p. 265, besonders p. 273.

[5]) Die besonderen Rechtszweige im Entwurf. Marb. 1892 p. 79.

kontrahierens aufgenommen [1]), dagegen in der zweiten Lesung [2]) bis auf verschwindend wenige Fälle ausgeschlossen hat. Die Mannigfaltigkeit der hier kurz angeführten Theorien und Ansichten über die Frage, ob und inwieweit der Vertreter einer bestimmten Person zwischen sich und dieser einen Vertrag eingehen kann, lässt wohl eine nochmalige Behandlung gerechtfertigt und interessant erscheinen.

In dieser Fragestellung: ob und inwieweit, haben wir zugleich die beiden Hauptteile unserer Untersuchung angegeben:

1. ob man begrifflich einen derartigen Vertragsschluss überhaupt für zulässig halten kann, und
2. in welchem Umfange das positive — gemeine — Recht das Selbstkontrahieren anerkennt. Hierbei werden wir dem gegebenen Entwicklungsgange folgen, d. h. vom römischen Rechte ausgehend über das deutsche und das kanonische Recht zu dem gemeinen Rechte gelangen.

§ 2.

Wir wenden uns zum ersten Teile: Ist es begrifflich überhaupt möglich, dass jemand in seiner Eigenschaft als Vertreter eines anderen mit sich als Subjekt von eigenen Rechten einen Vertrag schliesst? Sozusagen ist das eine naturrechtliche Frage, insofern wir davon ausgehen, dass die Natur des Vertrages etwas allen entwickelten Rechten Gleiches und Gemeinsames ist. Aus diesem Grunde glauben wir, unter Anlehnung an die positiven Rechte über die begriffliche Möglichkeit eines Vertragsschlusses mit sich selbst aus der „Natur der Sache“ eine Antwort geben zu können.

---

[1]) So die Motive Bd. I § 115 p. 223 und zu § 1651 Bd. IV p. 1088.

[2]) Entwurf II § 419, wörtlich übereinstimmend mit § 177 des Entwurfes in der dem Reichstage vorgelegten Fassung.

Es ist undenkbar, dass jemand, ohne Vertreter zu sein, mit sich selbst ein Rechtsgeschäft schliesst, z. B. Eigentum von sich erwirbt, einen Kaufvertrag mit sich abschliesst u. s. w.[1]). Römer[2]) rechtfertigt dies damit, dass Subjekt und Objekt des Rechts, Herrschendes und Beherrschtes, nicht identisch sein können. Das Beherrschte sei bei obligatorischen Verhältnissen der Wille einer anderen Person, bei dinglichen Rechten der Wille der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen. Diese Erklärung entspricht vollkommen dem rechtlichen (wenn auch vielleicht nicht dem moralischen) Begriff der Herrschaft und trifft nicht nur für den Ausschluss von Vertragswirkungen sondern schon für den eines derartigen Vertragsschlusses zu[3]). Die Unmöglichkeit, dass jemand ausserhalb der Stellvertretung mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschliesst, wird auch überall zugegeben[4]).

Aus diesen Ausführungen ergiebt sich, dass der sog. mittelbare Stellvertreter — der übrigens eigentlich gar nicht Stellvertreter genannt werden dürfte — nicht mit sich selbst kontrahieren kann, da er nach beiden Richtungen in eigenem Namen handeln müsste. Den indirekten Stellvertreter haben wir also von unserer Erörterung auszuschliessen. Dadurch wird vor allem betroffen der Commissionär, dessen Selbsteintritt nach Artt. 376, 371, 375 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches wiederholt für einen Fall des Selbstkontrahierens erklärt ist.

---

[1]) Hierdurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, dass ein gemeinsamer Bote zwischen zwei Kontrahenten ein Rechtsgeschäft zum Abschluss bringt.

[2]) p. 67 und 68.

[3]) cf. Abraham, über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten. In. Diss. Greifsw. 1884 p. 12. Anders Muskat l. c. p. 510.

[4]) z. B. Hahn, Stellvertretung in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 29 p. 3. Dernburg, Pfandrecht, Leipzig 1864, § 126 p. 259, R. G. Entsch. Bd. V. No. 14, p. 59.

Jedenfalls handelt es sich dann nicht um ein Selbstkontrahieren in dem Sinne, wie wir den Begriff auffassen.

Dieser Abgrenzung unseres Themas können wir wohl anschliessen, dass auch der contractus aestimatorius und der Verkauf des Pfandgläubigers an sich selbst nicht in unsere Abhandlung gehören, da wir weder den Trödler noch den Pfandgläubiger als Vertreter ansehen [1]).

Es sind also, wie ausgeführt, zwei Subjekte zum Zustandekommen eines Vertrages erforderlich. Im allgemeinen werden daher nur zwei Personen mit einander kontrahieren können. Nun giebt es aber ein Verhältnis, bei welchem eine physische Person zwei Subjekte bezw. Vermögenskomplexe repräsentiert: das ist die direkte Stellvertretung, die freiwillige sowohl wie die gesetzliche. Der Vertreter ist einmal als rechtsfähige Person Subjekt eigener Rechte, dann sind ihm aber auch die Rechte einer anderen Person zur Ausübung übertragen. Der direkte Stellvertreter vertritt demnach zwei getrennte Vermögen, er repräsentiert in vermögensrechtlicher Hinsicht zwei selbstständige Rechtssubjekte [2]). Obwohl auch persönliche Rechte, wie z. B. das Erziehungsrecht, der Übertragung an Vertreter fähig sind, wollen wir diese wegen ihrer Seltenheit und geringen Bedeutung bei Seite lassen.

Ein jeder Vertrag bezweckt Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten: aus der Rechtssphäre des einen scheiden Rechte aus und gehen in diejenige eines andern über. Es sind also zwei selbständige getrennte Komplexe von Rechten Voraussetzung eines jeden Ver-

---

[1]) Ebenso die herrschende Meinung, siehe Kohler, Gesammelte Abhandlung. aus dem Civilrecht, Mannh. 1883 p. 7. Anders Sintenis, Civilrecht § 116 Anm. 11 p. 605/6 und Riehl, Zwangsversteigerung in Zeitschr. für deutschen Civilprozess Bd. 17 p. 38.

[2]) Ebenso Dernburg, Pfandrecht § 103 p. 163; Hahn l. c. p. 3; Turri, l. c. disp. 1 qu. 15 no. 7: ratione officii sustiniere der Vertreter zwei Personen, ratione personae sei das natürlich unmöglich.

trages. Dies ist die Kehrseite des Satzes, dass niemand in eigenem Namen mit sich selbst kontrahieren kann.

Wenn nun aber ein Recht die direkte Stellvertretung im Prinzip zulässt, d. h. anerkennt, dass die durch das Handeln des Vertreters erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen, wenn es also zugesteht, dass der Wille des Vertreters den des Vertretenen völlig zu ersetzen vermag, dann ist es nach diesem Recht begrifflich möglich, dass der Stellvertreter als Subjekt eigener Rechte mit sich als Vertreter einer fremden Vermögenssphäre einen Vertrag abschliesst. Die Erfordernisse eines gültigen Vertrages sind hier erfüllt [1]).

Man wende nicht ein, dass ja niemand mit sich selbst kontrahieren könne. Ausserhalb der Stellvertretung ist das allerdings undenkbar. Für das Institut der direkten Stellvertretung folgt aber aus diesem Satze nur, dass es unzulässig ist, dass ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit diesem ein Rechtsgeschäft abschliesst, oder dass zwei Vertreter derselben Person mit einander kontrahieren. Der Stellvertreter dagegen, welcher für den Vertretenen, also in seiner Eigenschaft als Vertreter, mit sich selbst als Subjekt von eigenen Rechten ein Rechtsgeschäft schliesst, geht nicht in dem obigen Sinne ein Rechtsgeschäft mit sich selbst ein: Der Stellvertreter, welcher Eigentum von sich für den Vertretenen erwirbt, erwirbt ja Eigentum, welches diesem bisher nicht zustand, und der Vertreter, der Eigentum von dem Vertretenen auf sich überträgt, verschafft sich Eigentum, welches er vorher nicht hatte.

---

[1]) Ebenso Römer p. 69., Wagner, Handbuch des Seerechts, Leipzig 1884, Bd I § 33 p. 239, Anm. 9. Kohler, Ges. Abhandl. p. 8 Anm. Mitteis, Stellvertretung, Wien 1885, § 23 Z. VI p. 197. R. G. VI n. 3 p. 11. Behrend, Handelsrecht § 432. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 388 Anm. 14 p. 413. Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. Berl. 1894, Bd. 1 § 119 Anm. 15 p. 285. Dagegen u. a. Salman, p. 372, und Förster-Eccius, preuss. Privatrecht, Berl. 1892, Bd. I § 74 Anm. 21 p. 423.

Schliesst der Vertreter für den Vertretenen einen obligatorischen Vertrag mit sich selbst, so wird nicht dieselbe Person Gläubiger und Schuldner, sondern von zwei verschiedenen Personen wird die eine Gläubiger, die andere Schuldner [1]).

Muskat [2]) bringt die Lösung unseres Problems ebenfalls in Zusammenhang mit der Frage der Anerkennung der direkten Stellvertretung. Nach der namentlich von Savigny und Dernburg vertretenen Theorie, dass der Vertretene bei dem Vertragsschluss durch direkte Stellvertretung als Kontrahent anzusehen sei, liege im Falle des Selbstkontrahierens ein Vertragsschluss nicht mit sich selbst, sondern mit dem Vertretenen vor, dessen Giltigkeit nicht beanstandet werden könne. Die Voraussetzung sei aber unrichtig, und mit dieser falle auch der Schluss: denn der Stellvertreter selber sei der Kontrahent.

Wir erachten jedoch, im Anschlusse an die herrschende Meinung, den Vertretenen für den Kontrahenten, der sich des Vertreters nur als Mittel zur Willensäusserung bedient. Es ist allein der Umstand von Wichtigkeit, dass die Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen entstehen.

Dass man nach dem Gesagten aber das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nicht ohne weiteres als gewöhnlichen Vertrag auffassen darf, unterliegt wohl keinem Zweifel. Es besteht ein tiefgreifender Unterschied [3]) zwischen dem Wesen des Vertragsschlusses zweier Parteien und dem des Selbstkontrahierens, so dass es sogar einem juristisch nicht geschulten Urteile fernliegen mag, in dem Selbstkontrahieren überhaupt einen Vertrag zu erblicken.

Jeder Vertrag ist die Einigung zweier selbstständiger Willen, die von entgegengesetzten Ausgangspunkten ein-

---

[1]) So Römer p. 68.

[2]) § 3 p. 513. Ebenso Salmann l. c. p. 372.

[3]) Rümelin p. 14, Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berl. 1888, Bd. I § 45 p. 100.

ander nähern und schliesslich in einem Punkte zusammentreffen [1]). Beim Selbstkontrahieren dagegen liegt immer nur ein Wille vor, denn es ist jedenfalls psychologisch wie rechtlich unmöglich, dass eine Person zwei Willensentschlüsse fasst. Dies schliesst aber nicht aus, dass der eine Wille materiell zwei Willen sustiniert, d. h., dass der Stellvertreter durch seinen einen Willen etwas erreichen will und kann, das zu erlangen in der Regel zwei Personen als Subjekte zweier selbstständiger Vermögenskomplexe voraussetzt. In dieser Weise ist wohl auch Römer's Annahme, dass zwei Willen in Thätigkeit treten, als eine zur Erklärung angezogene Fiktion zu deuten. Es wird also gar nicht erfordert, dass jemand seine Seele in zwei Hälften spalten und diese Hälften mit einander kontrahieren lassen solle, wie Bechmann [2]) und Ruhstrat [3]) anzunehmen scheinen. Vielmehr hat der eine einheitliche Wille nur im Resultat die Eigenschaften und Folgen, als wenn er der Wille von zwei Personen wäre. Real fallen diese beiden Seiten aber niemals auseinander.

Dass aus dem Mangel des äusserlichen Thatbestandes eines gewöhnlichen Vertrages nicht geschlossen werden darf, ein Recht könne den Fall des Selbstkontrahierens nicht oder nur durch eine ausnahmsweise Ausdehnung des Begriffes [4]) als Vertrag behandeln, soll ausdrücklich hervorgehoben werden. Es genügt eben, dass die wesentlichen Erfordernisse des Vertrages erfüllt sind, wie das beim Selbstkontrahieren der Fall ist, mag auch in den unwesentlichen Punkten ein bedeutender Unterschied gefunden werden.

Während Römer, ähnlich wie unsere Darstellung, im Selbstkontrahieren einen wirklichen Vertragsschluss sieht,

---

[1]) So Rümelin p. 33. arg. l 1 § 3 de Pactis Dig. 2, 14. l 8. Cod. de rescind. vendit. 4, 44.

[2]) l. c. II p. 288.

[3]) Ruhstrat, negotiorum gestio in Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 27 p. 148.

[4]) Salmann p. 374 Anm. 13.

leugnet Rümelin, dass ein Vertreter mit sich selbst einen Vertrag schliessen kann, verlangt vielmehr eine positive Bestimmung, um dem einseitigen Rechtsgeschäft sui generis erst Vertragswirkungen beizulegen. Für diese Ansicht beruft er sich darauf, dass nur ein Wille in Thätigkeit trete, der nicht imstande sei, die durch das Recht von den kontrahierenden zwei Willen geforderten Funktionen zu erfüllen.

Der Unterschied zwischen Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften besteht darin, dass der Vertrag gegenseitige Willensäusserung der Parteien voraussetzt, während diese ein objektives Nebeneinanderbestehen der Willen verlangen [1]). Wo können wohl so innig, so unzweifelhaft und bestimmt sich zwei Willen über eine zwischen zwei Vermögen einzugehende Beziehung äussern, als dies der eine Wille des Stellvertreters vermag, der, wie oben nachgewiesen, zwei Vermögenssubjekte repräsentiert? Freilich kann nicht geleugnet werden, dass eine einseitige Willenserklärung Bedenken erregen könnte, ob es ratsam ist, dem Vertreter unbeschränkt das Selbstkontrahieren zu gestatten. Doch davon weiter unten.

An und für sich, begrifflich, ist also ein wirklicher Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst wohl statthaft, natürlich vorausgesetzt, dass die wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages, z. B. Handlungsfähigkeit, unzweideutige Erklärung u. s. w., erfüllt sind. Zu diesen würde auch gehören, dass die Vollmacht nach der ausgesprochenen oder vermutlichen Absicht des Vollmachtgebers nicht das Selbstkontrahieren ausschliesst. Ein Grund, bei Stillschweigen hierüber stets eine derartig beschränkende Absicht zu vermuten, liegt aber nicht vor [2]).

---

[1]) Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857, p. 344.

[2]) Ähnlich RG. VI n. 3 p. 15. Dernburg, Vormundschaftsrecht § 79 p. 204, Preuss. Privatrecht, 4. Aufl. Halle 1888, I p. 240, Pandekten I § 119 p. 285 Anm. 15; vergl. jedoch Preuss. Privatrecht Bd. II § 181 p. 521 Anm. 11.

Römer führt a. a. O. p. 85 noch einen anderen Beweis für die begriffliche Möglichkeit des Selbstkontrahierens an, nämlich die Notwendigkeit für das positive Recht, es zu verbieten. Diese Argumentation erscheint jedoch nicht als allgemeiner unwiderleglicher Beweis, wenn auch die Verbote des Rechts sich meist auf an sich mögliche Rechtshandlungen beziehen, unter Umständen könnte man dagegen mit Recht diese Begründung heranziehen.

Wie die Frage beantwortet wird, ob ein Vertreter mit sich selbst einen Vertrag abschliessen kann, ebenso wird im allgemeinen über die Zulässigkeit eines Geschäfts entschieden werden, welches jemand für zwei Personen, die er zu vertreten befugt ist, abschliessen will[1]). Es ist auch in diesem Falle nur ein Wille vorhanden, welcher zwei selbstständige Vermögen miteinander in Berührung bringt. Wer die erste der beiden Fragen bejaht, wird also die zweite nicht gut verneinen können, und umgekehrt.

§ 3.

Bisher haben wir die Möglichkeit eines Vertragsschlusses mit sich selbst im allgemeinen erörtert. Im folgenden wollen wir näher auf die einzelnen Einwendungen eingehen, die gegen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens aus formalen Gründen, wie man wohl sagen kann, erhoben sind.

Es musste bereits die Erwägung gestreift werden, dass es allerdings beim Vertragsschluss mit sich selbst nur einen einzigen Willen giebt. Wo also etwa ein konkretes Recht ausdrücklich nur die Willenseinigung zweier Personen sanktioniert, da ist eine rechtliche Wirkung des Vertrages eines Stellvertreters mit sich selbst natürlich ausgeschlossen.

---

[1]) Ebenso Meissels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 p. 525; die beiden Verhältnisse stellen ferner gleich Salmann p. 370, Bechmann p. 70 u. a.

Nun ist Muskat[1]) der Ansicht, dass das Recht, d. h. alle Rechte, zum Vertragsschluss begrifflich zwei Personen erfordert. Das Erfordernis der physischen Personenmehrheit sei kein zufälliges, sondern werde durch das Erfordernis des consensus bedingt. Dieser könne doch nur vorhanden sein, wenn zwei Willen derart zu einer Harmonie sich vereinigten, dass jeder Einzelwille genau darin zu unterscheiden wäre.

Von andrer Seite[2]) werden zwei „selbständige" divergierende Willen verlangt. Ist der eine Wille dem andern gewaltunterworfen, so ergebe sich Befehl und Gehorsam, und kein Vertrag. Deshalb könne auch niemand mit seinem Stellvertreter, der ihm dient, einen Vertrag schliessen. — Der zum consensus erforderte Einigungsprozess soll also ein rein äusserlicher sein und sich deshalb nicht in der Seele eines einzigen vollziehen können.

Lassen sich aber irgend welche Quellenbeweise finden, dass zum consensus mehr erfordert wird, als dass die Vertragswirkungen von den für beide Teile massgebenden Willen gewollt und dieser Wille erklärt sei, dass vielmehr erforderlich sei, dass dieser Wille sich mindestens zweimal als Entschluss bethätige?[3]) Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung ist eben vorhanden, sobald die Möglichkeit gegeben ist, dass der Wille des Vertreters den des Vertretenen ersetzt. Materiell[4]) ist somit dem Erfordernis der zwei Willen Genüge gethan. Die Sprache giebt uns ein anschauliches Bild von dieser

---

[1]) l. c. p. 519. Ebenso versteht den consensus Salmann p. 372, Wächter, Württembergisches Privatrecht, Stuttg. Bd. II p. 651, wohl auch Grünhut, Kommissionshandel, p. 470. So schon Turri, l. c. disp. 1 qu. 15 n. 25.

[2]) Bechmann p. 288 und Ruhstrat p. 149.

[3]) Meissels p. 329.

[4]) Bechmann p. 287 sagt von einem anderen Gesichtspunkte gerade umgekehrt: formell lägen zwei Willen vor, materiell nur einer.

Erscheinung, indem man nicht nur mit anderen, sondern auch mit sich selbst „einig“ werden kann.

Römer p. 69 geht wohl etwas zu weit, wenn er sagt: dass ein und derselbe Wille diese Wirkung hervorbringt, sei kein Hindernis ihrer Giltigkeit, weil ja eben dieser Wille nichts innerlich Widersprechendes und nichts objektiv Unmögliches wolle, und eine andere Schranke als die im Wesen des Willens selbst liegende dem Willen nicht gesetzt sei.

Psychologisch steht jedoch nur fest, dass ein Wille nicht direkt Entgegengesetztes wollen kann.[1]) Wäre also bei einem Vertrage der Wille der Kontrahenten etwas Entgegengesetztes, so könnte demnach ein Wille einen Vertragsentschluss nicht fassen. In Wahrheit aber ist es sehr wohl denkbar, dass jemand ohne betrügerische Absichten als Subjekt eigener Rechte eine bestimmte Leistung und zugleich als Vertreter für den Vertretenen eine bestimmte Gegenleistung machen will. Psychologisch ist daher das Selbstkontrahieren unbedingt zulässig. Ob im konkreten Falle sich nicht lebhafte Bedenken aus praktischen Gründen gegen die Zulässigkeit ergeben können, wird unten besprochen werden.

Die Gegner[2]) des Selbstkontrahierens erheben noch einen zweiten Einwand formaler Natur, indem sie etwa folgendermassen argumentieren: Zum Zustandekommen eines Vertrages gehöre nicht nur, dass zwei Personen in ihrem Willen übereinstimmen, sondern auch, dass sie diesen Willen gegen einander erklären. Nur der erklärte Wille könne wahrgenommen und bewiesen werden, nur er binde den Wollenden. Wie solle man sich aber eine Erklärung denken, die der Erklärende gegen sich selbst abgiebt? Dem Umstande, dass ein unbeteiligter Dritter

[1]) Wie Meissels p. 529 mit Berufung auf l. 51 Dig. 4, 8 richtig hervorhebt.

[2]) Vor allem Lepa p. 231 und 232, ferner Ruhstrat p. 150 und Salmann p. 372.

die mündliche Äusserung des Vertreters hört oder die Unterschrift einer Urkunde sieht, könne doch nicht die Bedeutung beizumessen sein, wie wenn ein Gegenkontrahent diese Erklärung annimmt.

Die Antwort darauf entnehmen wir den Motiven zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Hier heisst es (Bd. I p. 223): „Aus dem Vertragsbegriffe folgt nur, dass es nicht genügt, wenn die gedachte Person den Doppelwillen lediglich in ihrem Innern fasst oder für sich nach Art eines Monologes mündlich oder schriftlich äussert. Treten aber äussere Thatsachen hinzu, welche den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen bezw. Vertragsschluss zur Genüge ergeben, ... so lässt sich das Zustandekommen eines giltigen Vertrages nicht in Abrede stellen."

Diesen Ausführungen schliessen wir uns durchaus an. Der fertige Selbstkontrahierungsentschluss hat an und für sich noch keine rechtliche Bedeutung, es fehlt dasjenige Moment, welches, wie die Erklärung zweier Parteien, den Entschluss als einen ernstlichen dokumentiert und zu einen unwiderruflichen macht. Dies Moment ist eben die Erkennbarmachung, die Verlautbarung des Selbstkontrahierungswillens, welcher aus dem Innern des Gedankenbereiches an die Aussenwelt gefördert sein muss, um ein rechtliches Dasein zu führen. Diese Kenntlichmachung[1]) erfolgt demnach nicht bloss „um der Erweislichkeit willen[2])", d. h. um dem Vertreter den Nachweis seiner bona fides zu verschaffen, sondern sie ist ein essentielles Moment zur Vollendung des Willensaktes. Sie hat den gleichen Zweck wie die Erklärung bei einem

[1]) Deren Möglichkeit Muskat § 4 p. 519 leugnet, obwohl er die Zulässigkeit der gegen sich selbst abgegebenen Erklärung zugiebt.

[2]) So Dahn, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 9 p. 508 nach Regelsberger, Vorverhandlungen, Weimar 1868, p. 3, vergl. Schlossmann, Vertrag p. 60.

Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen, nämlich den erklärten Willen als ernstlich, als wirklich gewollt erscheinen zu lassen und den Vertreter an einem beliebigen Rücktritte zu hindern, falls ihm das Geschäft bei veränderten Umständen unvorteilhaft dünken sollte.[1])

Es ist also für das Entstehen eines giltigen Vertrages des Stellvertreters mit sich selbst unerlässliche Voraussetzung, dass der Vertreter in irgend einer Weise seinen Willen unzweideutig dokumentiert und festlegt. Erst dann wird der Vertrag als rechtsbeständig angenommen.

Damit sind die formalen Einwände gegen die begriffliche Zulässigkeit des Selbstkontrahierens erledigt. Hierin ähnelt das Selbstkontrahieren dem Verhältnis des Bestehens dinglicher Rechte an eigener Sache. Auch hinsichtlich dieses[2]) hat man ja lange geglaubt, es seien formal-logische Gründe, welche demselben entgegenständen, bis man einsah, dass es materielle seien, bei deren Fehlen an der Zulässigkeit nicht zu zweifeln ist. Zu diesen materiellen Einwänden wollen wir nunmehr übergehen.

§ 4.

Verbietet nicht die Kollision der Interessen, eine Gefahr, bei welcher die Rechte des Vertretenen nicht genügend gewahrt werden, den Vertragsschluss des Vertreters mit sich selbst?

Da dies Erwägungen materieller Natur sind, wird man schwerlich, wie bei den bisher besprochenen, zu einem bestimmten Resultat gelangen können, ob das Selbstkontrahieren für alle Fälle, d. h. grundsätzlich ohne Ausnahme, möglich oder unmöglich sei. Es können vielmehr immer nur Zweckmässigkeitsgründe, über deren Bedeutung und Erheblichkeit eine Übereinstimmung kaum

---

[1]) Ebenso Wagner, Bd. I § 33 p. 329 Anm. 9.

[2]) Meissels p. 526.

erzielt werden kann, für die eine oder die andere Regulierung sprechen. Man müsste denn die Ansicht gutheissen, welche vor allem Lepa[1]) verteidigt: Auf dem Gebiete des privatrechtlichen Vermögensverkehres lägen die Verhältnisse immer so, dass, wer bei Abschluss eines Vertrages das Interesse der einen Partei befördern will, dem Interesse der andern entgegen arbeiten muss. Das Vorhandensein und die Schädlichkeit einer Interessenkollision sei nicht nur möglich, sondern überall notwendig.

Denken wir uns einen Fall aus dem täglichen Leben. Ein Vormund hat ein Haus seines Mündels zu verwalten und bezieht eine Wohnung in demselben, welche gerade frei steht. Zum Entgelt führt er denselben Mietzins, der bisher entrichtet wurde, in das Vermögen des Mündels ab. Oder der Direktor einer Aktiengesellschaft kauft ein paar Pferde, deren Verkauf im Interesse der Gesellschaft angeordnet ist, für sich selbst um den abgeschätzten Preis.[2])

Dass in derartigen Fällen eine Interessenkollission vorliege, welche das Geschäft zu einem unerlaubten machen könne, ist doch wohl unmöglich anzunehmen. Auch das ist nicht richtig, dass es sich dann nur um „Ausnahmefälle“[3]) handele, und dass die „weitaus meisten Fälle“[4]) anderer Art sind.

Der Behauptung gegenüber, dass kollidierende Interessen stets oder doch meistenteils den Vertragsschluss mit sich selbst hinderten, betont eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 6 n. 3 p. 14 f.), dass, selbst wenn die beiden Kontrahenten ein entgegengesetztes Interesse haben, dennoch der Abschluss eines Vertrages nicht aus-

---

[1]) p. 234—237, ebenso Grünhut p. 452.

[2]) Vergl. ferner Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts von Johow und Küntzel Bd. 4 p. 150.

[3]) Behrend, p. 344.

[4]) Muskat p. 517 f., Eschenbach in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 41 p. 37, Entscheidungen des Reichsgerichs in Strafsachen, Bd. 9 n. 77 p. 251.

geschlossen erscheint. Am wenigsten unterliegt dies einem Bedenken, wenn der Inhalt des abzuschliessenden Vertrages nicht vom Belieben des Vertreters abhängt. „Aber auch," heisst es in der angeführten Entscheidung weiter, „wenn der Inhalt des abzuschliessenden Vertrages erst durch den Willen des Vertreters bestimmt werden soll, und die ins Auge gefassten Vertragsbedingungen sich desto günstiger für den einen Teil stellen, je ungünstiger sie für den andern Teil sind, kann doch ein Punkt gefunden werden, in welchem diese Verschiedenheit sich in Übereinstimmung auflöst, nämlich wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Teile erreichbar günstigsten erscheinen. Nur wenn man von der für den wirklichen Verkehr nicht massgebenden Erscheinung ausgeht, es sei die Aufgabe der mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften betrauten Personen, den andern Teil zu übervorteilen[1]), würde sich die Unthunlichkeit des Abschlusses durch den Vertreter ergeben."

Bisweilen wird es allerdings bei dem Abschlusse eines Rechtsgeschäftes jedem Teile angelegen sein, die dem andern Teile nicht bekannten Umstände auszubeuten, wie bei aleatorischen Verträgen. Auch könnte die Leistung des Vertreters zu der Gegenleistung in keinem angemessenen Verhältnisse stehen, wie bei der Schenkung an sich selbst[2]). Eine Divergenz wird bei Zahlungen immer bestehen, wenn die Notwendigkeit der Zahlung nicht feststeht oder über Ort, Zeit und andere Modalitäten Zweifel obwalten[3]). Übrigens können bei einem Geschäfte jeder Art unter Umständen sicherlich in gleicher Weise die Interessen des Vertreters und des Vertretenen kolli-

---

[1]) Eine Ansicht, die Ulpian vertritt: l. 16 § 4 Dig. 4, 4 libro XI ad edictum: idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

[2]) Ähnlich Rümelin p. 54—58.

[3]) So R.-G. in Strafsachen Bd. 9 n. 77 p. 250.

dieren[1]). Abgesehen von solchen immerhin seltenen Fällen ist der Einwand, dass ein Selbstkontrahieren die Gefahr einer Übervorteilung mit sich bringen muss, und aus diesem Grunde unzulässig ist, entschieden unberechtigt.

Es ist sonach quaestio facti, wann ein Rechtsgeschäft, das der Stellvertreter mit sich selbst abschliessen will, die Übervorteilung des Vertretenen wegen Kollision der Interessen befürchten lässt[2]). Es ist nicht zu verkennen, dass diese dem Vertreter auferlegte Beurteilung oft schwierig sein mag, da ihm das Recht bei seinen Erwägungen nicht durch detaillierte Bestimmungen zur Seite gehen kann, sondern ihm die Anwendung des Grundsatzes auf die einzelnen Fälle überlässt.

Dieser Umstand bringt aber den nicht hoch genug zu schätzenden Vorteil mit sich, dass ein Vertreter nicht leicht ohne genügenden Grund, ohne eingehende Prüfung der Sachlage mit sich selbst kontrahieren wird. Abgesehen von der Befürchtung, es möchten dem an sich redlichen Handeln unehrliche Motive untergeschoben werden, werden auch einen gewissenhaften Menschen das Gefühl der Verantwortlichkeit sowie die event. drohenden Nachteile in Zweifelsfällen von einem Vertrage mit sich selbst abhalten.

Fassen wir das Gesagte kurz zusammen, so ist ein Selbstkontrahieren zulässig, sobald im konkreten Falle die Interessen des Vertreters denjenigen des Vertretenen nicht zuwider laufen[3]), und der Vertreter seinen Willen unzweideutig erklärt hat.

---

[1]) Rümelin p. 25 führt hierzu ein gutes Beispiel an.

[2]) Mitteis § 23 Z. VI p. 198 glaubt erst bei der Darstellung der einzelnen Stellvertretungsverhältnisse auf diese Frage, die nicht mehr in das Gebiet der Stellvertretung gehöre, eine genauere Auskunft geben zu können.

[3]) Nicht mehr, also namentlich nicht, dass die Interessen des Vertretenen durch das Selbstkontrahieren gefördert werden, verlangen schon Donellus lib. III cap. XII tit. XXIII (Bd. I) p. 530 und Faber XII tit. VII ill. 55.

Von welchem Gesichtspunkt aus ein Vertragsschluss mit sich selbst bei kollidierenden Interessen angefochten werden kann, ist bisher nicht näher erörtert worden. Unseres Erachtens wird man häufig mit der Kontraktsklage [1]) auskommen, bisweilen wird man sich auf den dolus des Vertreters berufen müssen, wenn man nicht vorziehen sollte, das Geschäft als contra bonos mores geschlossen anzufechten. Dernburg [2]) meint, dass da, wo eine Kollision der Interessen zu befürchten sei, die Vollmacht des Vertreters gar nicht ausreiche, es käme also gar nicht zu einem Vertragsschlusse. Diese Theorie hat entschieden grosse praktische Vorteile.

§ 5.

Nachdem wir zu beweisen versucht haben, dass das Selbstkontrahieren des Stellvertreters an sich möglich ist, nichts Begriffswidriges enthält, wollen wir noch, bevor wir das römische und das gemeine Recht für unsere Frage heranziehen, betrachten, welche Stellung ein Recht (einer Kulturnation) überhaupt einnehmen kann.[3]) Von ausschlaggebender Bedeutung ist hierfür das Bedürfnis, ein Faktor, den wir bisher als ausserhalb des Rahmens der begrifflichen Möglichkeit liegend noch nicht erwähnt haben.

Fast ausnahmslos wird anerkannt, dass ein absoluter Ausschluss des Selbstkontrahierens dem Interesse des

---

[1]) R.-G. Bd. VI n. 3 p. 17: „Wenn der gemeinsame Vertreter seine Doppelstellung missbraucht ..... ist der Benachteiligte berechtigt, wegen Arglist des Vertreters den Vertrag anzufechten."

[2]) Pandekten Bd. I § 119 Anm. 15 p. 285, ähnlich R.-G. Bd. VI n. 3 p. 16. In seinem Vormundschaftsrecht (2. Aufl. § 79 p. 203) geht Dernburg noch weiter und schliesst das Selbstkontrahieren regelmässig aus, da es dem Vertretenen „keinerlei Gewähr" giebt.

[3]) Ähnlich Rümelin p. 27.

Vertretenen entschieden widerspricht [1]). Vor allem sind bei dieser Ansicht die Vertreter derjenigen berücksichtigt, welche selbst nicht handlungsfähig, also im speziellen Falle selbst einzugreifen verhindert sind: das sind Vormünder und Vertreter juristischer Personen. Das tägliche Leben verlangt in vielen Fällen dringend, dass schwebende Verhältnisse sofort rechtsbeständig fesgestellt und realisiert, dass bestehende Obligationen erfüllt werden. In erster Reihe ist die Zahlung zu nennen als Beendigung eines Schwebezustandes. Ein Gläubiger, welcher dem Schuldner zum Vormund bestellt ist, muss ohne Mitwirkung eines daneben zu ernennenden Vormundes, ohne weitere Förmlichkeiten — die oben geforderte unzweideutige Willenserklärung natürlich vorausgesetzt, — die Schuld als Vertreter an sich zahlen können. Ebenso muss er sich auch wegen seiner Auslagen möglichst bald und ohne Schwierigkeiten bezahlt machen können.

Selbstzahlung setzt Übertragung von Besitz und Eigentum seitens des Vertreters für den Vertretenen an sich selbst voraus. Diese Besitz- oder Eigentumsübertragung, hier einmal zugelassen, wird noch in anderen Fällen im Interesse des Vertretenen sowohl wie des Vertreters geboten sein. Das Aushülfsmittel, einen Vertreter ad hoc zur Übergabe zu bestellen, erschwert die wünchenswerte glatte Abwickelung der Verwaltung ungemein. Im übrigen lassen sich die einzelnen Geschäfte, bei denen Zulassung des Selbstkontrahierens erforderlich erscheint, nicht namentlich aufführen. Ein Bedürfnis möchte vielleicht bei den häufigsten Geschäften des täglichen Lebens, also bei Kauf und Darlehn, besonders zu konstatieren sein.

---

[1]) So Rümelin, Muskat § 5 p. 523 ff., Meissels p. 520, Dernburg, Vormundschaftsrecht § 79 p. 203, R.-G. in Strafsachen Bd. 9 p. 340. Motive zum Entwurf Bd. I p. 223, p. 100, Bd. III p. 99.

Man hat nun gesagt, das Kontrahieren mit sich selbst sei völlig entbehrlich.[1]) Man käme damit aus, dass man die Handlung des Vertreters, welche im Interesse des Vertretenen geschah, als Ausführung des Auftrages ansähe, oder nach den Grundsätzen der gestio behandele, insbesondere fielen solche Handlungen des Vormundes unter den Inbegriff der Gesamtobligation der Vormundschaftsführung. Behrend (a. a. O.) will höchstens das Prinzip der Stellvertretung dabei konstruktiv verwertet wissen (!), sofern durch dasselbe die Entstehung und Beendigung von Rechten und Verbindlichkeiten in der Person des dominus erklärt werde. Die Zulässigkeit derartiger Operationen bestimme sich nicht nach dem Inhalte der Vollmacht, sondern nach dem Umfange der dem Vertreter eingeräumten Verwaltungsbefugnisse. Nach dieser nicht übermässig klaren Theorie verweist man also den Vertreter auf die actio contraria oder auf die Ratihabition (event. nach erlangter Mündigkeit!) bezw. auf Einreden.

Diese Aushilfsmittel sind aber für den Vertreter sehr unbequem, wenn nicht sogar gefährlich, da er bis zu der oft lange hinausgeschobenen Erledigung die Gefahr des kasuellen Unterganges und andere Unannehmlichkeiten zu tragen hat. Diese Konstruktion entspricht demnach nicht den wohl verstandenen Interessen des Vertretenen und des Vertreters, welchen vielmehr nur durch die Annahme eines Vertrages die erforderliche Sphäre zu ihrer Entfaltung gewährt wird. Wir nehmen also an, dass, wenn der Vertreter eine Sache des Vertretenen behalten und zu Eigentum erwerben darf, ein Vertrag vorliegen muss, durch welchen der Eigentumsübergang ermittelt wird[2].)

---

[1]) Behrend § 49 p. 344, Keller, § 432 p. 819, Muskat § 8 p. 540, Bremer in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. 11 p. 242, Sintenis, Civilrecht Bd. III § 152 p. 269, Salmann p. 377.

[2]) Ebenso Lepa p. 252.

Es liegt also unseres Erachtens ein Bedürfnis nach Zulassung des selbstkontrahierten Vertrages vor, namentlich für die gesetzlichen Vertreter und hier wieder in erster Reihe zwecks einer Zahlung. Ein solches Bedürfnis wird von Lepa geleugnet, da der Vollmachtgeber unmöglich die Vollmacht auch für den Fall des Selbstkontrahierens erteilt haben wird.[1]) Für die gesetzlichen Vertreter trifft dieser Einwand schon gar nicht zu und die vermutete Vollmacht reicht genau so weit, wie der Zweck ihrer Bestellung: angemessene und sorgfältige Verwaltung des anvertrauten Vermögens. Da diese unter Umständen ein Selbstkontrahieren erfordert, steht dem die Vollmacht nicht im Wege.

Nach diesen Ausführungen wenden wir uns zu der Frage zurück, von welcher wir ausgingen: Wie kann ein positives Recht das Selbstkontrahieren behandeln? Es sind vier[2]) Möglichkeiten[3]) vorhanden:

1. Es könnte das Selbstkontrahieren ausgeschlossen sein, so dass es in keinem Falle zulässig wäre. Dies Verbot würde vielfach unhaltbare Verkehrserschwerungen schaffen, und dem Interesse des Vertretenen nachteilig sein, anstatt dasselbe zu befördern.[4])

2. Von dieser grundsätzlichen Negation könnte man, dem Bedürfnisse nachgebend, Ausnahmen für einzelne Geschäfte zulassen. Der Vertreter, welcher sich auf einen selbstkontrahierten Vertrag beruft, müsste dann seinerseits die gesetzliche Zulässigkeit nachweisen.[5])

---

[1]) Die ähnliche Ansicht von Dernburg ist bereits citiert. Vergl. Sintenis Civilrecht § 113 p. 577.

[2]) Rümelin p. 27 nennt nur drei Möglichkeiten.

[3]) Wagner Bd. I § 33 Anm. 9 p. 239: Was begrifflich möglich ist, kann natürlich durch ein positives Recht ausgeschlossen werden.

[4]) Motive Bd. I p. 224.

[5]) Dieses ist das Prinzip des Entwurfes zweiter Lesung (§ 149). Ähnlich, mit weiter Ausdehnung der Ausnahmen, Rümelin.

3. Ein Recht könnte ferner das Selbstkontrahieren ohne Ausnahme zulassen, indem es dem Vertretenen nur Rechtsbehelfe an die Hand giebt, um Ersatz für begangene Unredlichkeiten des Vertreters zu erlangen. Hier wären jedoch die Interessen des Vertretenen wenig geschützt, und dem Missbrauche der Vollmacht Thür und Thor geöffnet.

4. Schliesslich könnte man von der prinzipiellen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens zwar ausgehen, dasselbe jedoch aus Zweckmässigkeitsgründen für bestimmte Fälle, Arten von Vertretern oder von Rechtsgeschäften, ausschliessen. So können gesetzliche Vorschriften z. B. gewissen Klassen von Vertretern, allgemein oder für gewisse Arten von Rechtsgeschäften, den Abschluss von Verträgen untersagen, bei denen das eigene Interesse beteiligt ist.[1]) Für die Vormundschaften wird vorzugsweise eine derartige Einschränkung am Platze sein, da die Bevormundeten vor allem, selbst auf Kosten etwaigen Gewinnes, eines weitgehenden Schutzes bedürftig sind.[2]) Ähnliche Gründe sprechen auch für eine gesetzliche Beschränkung des Selbstkontrahierens bei Vertretungen juristischer Personen.[3])

Die in einem konkreten Rechte getroffenen Einzelbestimmungen dieser Art dokumentieren sich demnach als das Resultat rechtspolitischer Erwägungen. Hiernach erklärt sich auch die verschiedene Stellung der einzelnen Rechte (von Kulturvölkern) gegenüber der Anerkennung des Selbstkontrahierens: jene Stellung hängt nicht nur wesentlich von der Entwicklung des betreffenden Rechtes, namentlich von seiner Ausbildung des Stellvertretungsinstitutes, sondern auch, und nicht zum geringsten, von den allgemeinen wirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Zeitanschauungen und -strömungen ab.

---

[1]) R.-G. Bd. VI n. 3 p. 15 und 16.

[2]) Dies erkennt vor allem an der code civile (in art. 450), auch das Österreich. Gesetzbuch (in § 217).

[3]) Vergl. Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. Münch. 1882 p. 96 ff.

§ 6.

Der zweite Teil unserer Untersuchung lautet: Wie stellt sich das positive — gemeine — Recht zu der Frage, ob der Stellvertreter in dieser seiner Eigenschaft mit sich selbst als Subjekt eigener Rechte einen Vertrag abschliessen kann? Wie bei allen Erörterungen aus dem Gebiete des gemeinen Rechtes haben wir von dem römischen Rechte auszugehen.

Dasselbe lässt prinzipiell die direkte Stellvertretung nicht zu. Soweit ein Rechtsverhältnis überhaupt seinem Wesen nach keinen Wechsel der Subjekte zulässt, macht der Vertretene nur die Forderung des Vertreters geltend und wird belangt nur aus der Verpflichtung des Vertreters. Wir sehen diesen Standpunkt des römischen Rechts besonders anschaulich im Formularprozesse, in welchem die intentio aus der Person des Stellvertreters entnommen wird, die condemnatio dagegen wider den Vertretenen gerichtet ist. Danach kann man schliessen, dass das römische Recht auch das Selbstkontrahieren des Stellvertreters grundsätzlich nicht anerkannt haben wird. Dieser müsste ja sonst notwendig in eigenem Namen mit sich selbst kontrahieren, was unmöglich ist.

Das Prinzip der Ausschliessung der direkten Stellvertretung blieb nun aber nicht undurchbrochen. Nach Mitteis[1]) erstreckte sich der Mangel direkter Stellvertretung auf das ganze Gebiet der civilrechtlichen Verträge, ausgenommen Erwerb und Verlust von Besitz und Eigentum, sowie die Obligationen aus Hingabe. Im prätorischen Rechte war dagegen im allgemeinen Stellvertretung zulässig.

Es drängt sich da die Frage auf, ob nicht das Bedürfnis, welches bei den sog. Realgeschäften zur Anerkennung der direkten Stellvertretung geführt hat, auch die Anerkennung des Vertragsschlusses mit sich selbst bewirkt hat. — Auf den nahen Zusammenhang dieser

[1]) Lehre von der Stellvertretung, p. 32—77.

beiden Verhältnisse ist wiederholt hingewiesen worden. — Im römischen Rechte standen dem jedoch mehrere Hindernisse entgegen.

Einmal konnte man mit Hilfe der Sklaven viele Geschäfte eingehen, die wir heute nur auf dem Wege der direkten Stellvertretung abschliessen können. Der Sklave erwarb ja ipso jure seinem Herren. Tradierte z. B. der Vormund an den Sklaven seines Mündels, so hatte dies zur Folge, dass das Mündel Besitz bezw. Eigentum erwarb. Besass der Vertretene keinen Sklaven, so konnte auch ein anderer für ihn erwerben. Dies wurde sogar soweit ausgedehnt, dass in gewissen Fällen ein öffentlicher Sklave zu diesem Zwecke verwendet werden konnte.[1]) Sklaven waren übrigens auch in civilen Formalakten zu erwerben imstande und übertrafen deshalb an praktischer Brauchbarkeit jeden Prokurator. Andrerseits war dem Herren die vollste Sicherheit geboten, da jeder Erwerb ihm zufiel.[2]) Das Bedürfnis nach Anerkennung des Selbstkontrahierens war infolgedessen nicht gerade dringend.

Ausserdem waren die meisten römischen Vertragsformen für das Selbstkontrahieren nicht verwendbar. So stand schon bei den solennen Akten der mancipatio und in jure cessio, des nexum und der stipulatio die Form der Eingehung, welche auch den Vertragsschluss mit Abwesenden und mit einer persona incerta ausschloss,[3]) hindernd der Ausbildung der Stellvertretung entgegen, geschweige denn, dass bei diesen Akten ein Selbstkontrarieren denkbar war, bei dem eine der handelnden Personen einfach gestrichen werden musste. Von den Litteralkontrakten, welche bereits im Schwinden begriffen waren,

---

[1]) l. 2 Dig. rem pup. 46, 6 cf. l. 14 Cod. de contrah. et comm. stip. 8, 38. Laband in Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 10 p. 183. Sohm, Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta, ebenda Bd. 17 p. 58.

[2]) Mitteis p. 22.

[3]) Sohm p. 65.

als die direkte Stellvertretung zu einer nennenswerten Bedeutung gelangte, und damit die Frage nach der Möglichkeit des Selbstkontrahierens auftauchte, wird für die acceptilatio[1]) dasselbe ausgeschlossen.

Neben diesen formalen Verträgen steht im entwickelten römischen Recht ein zweites ebenso wichtiges Gebiet nicht formaler Verträge[2]), die Realgeschäfte oder Materialkontrakte. Vermöge ihrer Natur lassen sie die direkte Stellvertretung im weiten Umfange zu und werden somit die Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nahe gelegt haben. Ob und event. wie sie die römischen Juristen beantwortet haben, wird unten besprochen werden.

Ein andrer nicht zu unterschätzender Hinderungsgrund für die Anerkennung des Selbstkontrahierens bestand darin, dass man in der Kaiserzeit, namentlich der späteren, das allergrösseste Misstrauen gegen jeden hatte, der irgend eine Gewalt oder Dispositionsbefugnis besass. So soll z. B. der Pfandgläubiger das zu veräussernde Pfand nicht selbst kaufen, sollen Beamte in den Provinzen während der Zeit der Amtsführung von ihren Untergebenen nichts erwerben, was nicht zu ihrem täglichen Bedürfnis gehört.[3]) Soll doch sogar der Arzt mit seinem Patienten keinen Handel schliessen, solange dieser in Gefahr der Wiedergenesung schwebe[4]), oder der Advokat mit seinem Klienten während der Dauer des Prozesses[5])!

Dass diese Zeitströmung, welche unverkennbar dahin ging, Missbrauch der Gewalt zum Schaden anderer bei

---

[1]) l. 13, § 10, Dig. 46, 4. Vergl. namentlich Buchka, Stellvertretung, § 12 p. 103 ff.

[2]) Gneist, die formellen Verträge Berl. 1845 p. 115.

[3]) l. 6 § 3 Dig. de offic. procons., 1, 16; l. un. § 2 § 3 Cod. de contract. judic. 1, 53.

[4]) l. 3 Dig. de extraord. cogn. 50, 13; Glück Bd. 16 p. 150 ff. Windscheid Bd. II § 388 Anm. 15 p. 414 nimmt Ungiltigkeit wegen vis an.

[5]) Glück Bd. 16 p. 150 ff.

denen zu besorgen, welche mit Gewalt über andere ausgerüstet waren — dass diese Zeitströmung der Anerkennung des Selbstkontrahierens nicht gerade günstig war, braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden.

Namentlich der tutor war sehr beschränkt. Er durfte z. B. nicht eine Ehe mit dem Mündel eingehen, bevor er Rechnung gelegt hatte, durfte es auch nicht arrogieren. Das Verbot der Veräusserung von Mündelsachen wurde allmählich immer weiter ausgedehnt [1]), die Einmischung der Obrigkeit in die Vormundschaftsverhältnisse erstreckte sich durch das Erfordernis von allen möglichen Dekreten immer mehr auf selbst untergeordnete Punkte. Die Quellen bringen wiederholt [2]) den allgemeinen Satz: tutor in rem suam auctor fieri non potest, „nam omnis auctoritas in rem suam suspecta est," wie Donellus (Bd. VIII, p. 746) richtig bemerkt.

Man hat daraus geschlossen, wenn der tutor zu Geschäften, bei denen sein eigenes Interesse im Spiele ist, seine auctoritas nicht erteilen kann, wie viel weniger darf er mit sich Geschäfte abschliessen! Dieser Schluss erscheint nicht gerade ungerechtfertigt, wenn man sich auf die ratio dieses Verbotes bezieht. Diese kann wohl keine andere sein, als dass man den Pupillen schützen wollte gegen die Gefahr einer Benachteiligung durch den tutor. Und diese Gefahr ist freilich in ungleich höherem Masse beim Selbstkontrahieren vorhanden. Jener Satz betrifft jedoch nicht ein niemals durchbrochenes Prinzip: er findet z. B. nach übereinstimmender Ansicht [3]) nicht Anwendung, wenn der Vormund nicht unmittelbar, sondern nur folgeweise Vorteil von dem Geschäfte hat, zu dem er seine auctoritas erteilen soll. Wäre jener

---

[1]) Arndts Pandekten 11. Aufl. Stuttg. 1883. § 457 p. 834 u. a.

[2]) § 3 J. de auct. tut. 1,21; l. 1 pr., l. 5 pr., l. 7 pr., l. 12, l. 18, l. 22 Dig. de auct. tut. 26, 8.

[3]) Rudorff, Recht der Vormundschaft. Berl. 1832. Bd. II. § 125 p. 305, Sintenis, Civilrecht Bd. III. § 152 Anm. 4 p. 270.

Satz die Folge eines Rechtsgrundsatzes, nämlich der Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens, wie sollten da Ausnahmen stattfinden können?!

Natürlich betreffen die etwa in den Quellen nachzuweisenden Fälle nur solche Verhältnisse, bei denen die direkte Stellvertretung zugelassen ist. Da über diese in den Quellen allgemeine Bestimmungen nicht zu finden sind, wird man wohl erwarten können, dass vollends vom Selbstkontrahieren irgendwie allgemein lautende Stellen fehlen. Dem ist auch so. Die Römer liessen sich eben hier, wie bei vielen andern Verhältnissen, in jedem einzelnen Falle von ihrem Rechtsgefühl leiten und sind so über eine gewisse Kasuistik nicht hinausgekommen.

Wie Rümelin p. 81 ff. erörtert, haben die aus ihrem Zusammenhang gerissenen Worte: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat[1]) oder: communis servus duorum servorum personam sustinet[2]), gar keine Bedeutung für die Entscheidung der Frage des Selbstkontrahierens, sind daher ausser Acht zu lassen.

Wie kann ein Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst möglich sein, könnte man schliesslich noch einwenden, da in den Quellen eine Aneignung von Sachen des Vertretenen ausdrücklich verboten ist? Allerdings ist dies der Fall. Eine Aneignung derart gilt als in usus suos vertere, als ein eigenes Delikt, nicht aber an sich schon als Unterschlagung[3]). Jedenfalls enthält es einen Missbrauch der Vollmacht und ist darum strafbar. Die Strafe besteht bei Entnahme von Geld in der Verpflichtung, usurae maximae zu zahlen[4]), bei Aneignung andrer Sachen ist der vierfache Wert zu ersetzen.[5])

[1]) l. 9 pr. Dig. de pactis 2, 14.

[2]) l. 1 § 4 Dig. de stip. serv. 45, 3.

[3]) Natürlich kann auch ein Vertreter „Diebstahl“ gegen den Vertretenen begehen, l. 33 Dig. 47, 2.

[4]) l. 7 §§ 4, 5, 10, 12, l. 46 § 2, l. 54 Dig. de administrat. et peric. tut. 26, 7; l. 1 Cod. 5, 55.

[5]) l. 46 Dig. de C. E. 18, 1.

Es ist jedoch Voraussetzung für das Bestehen dieses Delikts, dass die Handlung des Vertreters eine dolose oder mindestens eine kulpose gewesen ist.[1]) Demgemäss ist eine in usus versio nach l. 3 § 3 Dig. de contr. tut. act. 27, 4 nicht anzunehmen, insoweit der Vormund dem Mündel gegenüber im Vorschuss ist.[2])

§ 7.

Wir wenden uns nunmehr zu den einzelnen Quellenstellen des römischen Rechtes, in denen man einen Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst bestätigt finden könnte, und beginnen mit dem Falle, dessen Zulassung das tägliche Leben am meisten verlangt, dem Selbstzahlen; sibi solvere kann ein zweifaches bedeuten: der Vertreter erfüllt aus dem Vermögen des Vertretenen an sich selbst, bringt also Gegenstände aus dessen Vermögen in sein eigenes; oder er erfüllt aus seinem eigenen Vermögen an sich selbst als Vertreter, verschafft also dem Vertretenen Eigentum.

Diese beiden Möglichkeiten werden zugegeben in l. 9 § 3, § 4, besonders aber § 5 Dig. de admin. et per. tut. 26, 7. Hier heisst es: Ulpianus libro XXXVI. ad edictum § 3 et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit. § 4 sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur. et si quidem solvit, nihil est, quod ei imputetur, potuit enim solvere, nec onerare se usuris, si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit. § 5 sicut autem solvere tutor, quod debet, ita et exigere, quod sibi debetur,

[1]) Andrerseits ist als Verschuldung, wegen welcher actio rationibus distrahendis besteht, nicht überall furtum vorausgesetzt.

[2]) So auch Brinz, Pandekten, Erlangen 1873 Bd. III. § 498 p. 815.

potest, si creditor fuit patris pupilli; nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia, unde solvat, et si usurae fuerunt graviores, quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor — eum a[1]) — se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit.

Von einem Selbstzahlen spricht weiter l. 7 § 5 eod. Ulpianus libro XXXV ad edictum: vertisse in usus suos non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipsi sibi non solvit; hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.

Hier ist auch noch anzuführen l. 5 § 14 (12) Dig. de neg. gest. 3, 5. Julianus libro III. Digestorum . . . . . certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur; quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit, tamen a semet ipso cur non exegerit, ei imputabitur; et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut Divus Pius Flavio Longino rescripsit, nisi forte, inquit, usuras ei remiserat.

Schliesslich l. 3 § 6 Dig. de contr. tut. et ut. act. 27, 4. Ulpianus libro XXXVI ad edictum: quid ergo, si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad praediorum comparationem? . . . . . .

Aus dem Codex ist eine Bestimmung hier zu erwähnen: c. 8 qui dare tut. 5, 34 Impp. Diocletianus et Maximianus: creditorem debitoribus tutorum datum non tantum petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere non ambigitur.

Aus diesen Stellen geht mit vollster Deutlichkeit hervor, dass der Vertreter, speziell der Vormund, sowohl für den Vertretenen als Schuldner an sich wie von sich als Schuldner an den Vertretenen[2]) zahlen kann, und zwar

[1]) wie Eck in der Zeitschr. f. Hand. Bd. 39 p. 269 ohne genügende Begründung vorschlägt.

[2]) Nur diesen Fall erkennt Eck l. c. an.

ohne an eine Beschränkung, etwa die Genehmigung des Mitvormundes, gebunden zu sein.[1])

Diese eigenartige Zahlung setzt die Möglichkeit voraus, dass der Vertreter Besitz und Eigentum allein durch einen Akt seines Willens von sich auf den Vertretenen oder umgekehrt von dem Vertretenen auf sich überträgt.[2])

Nun sagt Rümelin[3]), es liege in allen diesen Fällen eine einseitige Eigentumsübergabe solutionis causa durch Zulassung einseitiger Tradition vor. Der Ausdruck „einseitige Tradition" kann nur bedeuten sollen, dass eine Person, also hier der Vertreter, als Subjekt eigener Rechte, ohne zugleich als Stellvertreter zu handeln, Besitz und Eigentum einer Sache von sich auf einen andern überträgt, dass also hier zur Tradition nur ein Rechtssubjekt gehört. (Wenn die Bezeichnung „einseitig" nur besagen sollte, dass nur „eine" Person den Vertrag in sich schliesst, so wäre er an der genannten Stelle ganz überflüssig, da beim Selbstkontrahieren überhaupt nur eine handelnde Person in Frage kommt. Uebrigens geht aus der ganzen Darstellung bei Rümelin hervor, dass er dies nicht gemeint haben kann.) Bestimmter äussert sich in diesem Sinne Bremer (a. a. O. p. 242): es bedürfe keines Vertrages, keiner zweiseitigen Handlung, es genügt eine „Änderung" des animus possidendi bei dem Vertreter.

Nun ist aber die Tradition, man kann fast sagen an-

---

[1]) Ganz bestimmt haben dies von älteren Schriftstellern zugegeben: Barbosa, collectanea in codicem Justiniani, Lugduni 1648 lib. V. tit. 34; Bartolus in der Glosse zu l. 9 § 5 cit.; Cyriacus Franc. Niger, controversiarum forensium lib. I. Genevae 1652 108 n. 14; Ettmüller, de tutore creditore vel debitore minoris. Lipsiae 1703. XII. p. 14; Faber, Antonius, jurisprudentiae Papinianeae scientia 1607. XII. tit. VI. ill. 11.

[2]) Diese Möglichkeit geben ausdrücklich zu: Turri l. c. n. 6; Rudorff Bd. II. § 138 p. 377; Dernburg, Kompensation 2. Aufl. Leipzig 1868 § 36 p. 355. cf. l. 78 § 1 Dig. 18, 1.

[3]) p. 103. Ihm schliesst sich Muskat § 6 p. 527 an.

erkanntermassen[1]), ein Vertrag: es wird nicht nur auf der einen Seite der Wille verlangt, die Sache zu übertragen, sondern auch auf der andern Seite der Wille, die Sache anzunehmen. Die Tradition ist die in der Form der Besitzübertragung geäusserte Konsenserklärung über den Übergang des Eigentums von dem Tradenten auf den Acceptanten.

Die Solution des Vertreters an sich wird immer in einer, wenn auch versteckten, Tradition bestehen und ist aus diesem Grunde Vertrag: Leistung des Geschuldeten an den Gläubiger behufs Erfüllung der Obligation und Annahme desselben seitens des Gläubigers auf seine Forderung. Im Augenblicke der Solution schliesst der Vertreter einen Vertrag mit sich des Inhalts, dass das Eigentum auf den Vertretenen bezw. auf ihn übertragen und er bezw. der Vertretene befreit wird.[2]) Freilich ist in den Quellen nirgends ausdrücklich gesagt, dass der Vormund im Namen des Mündels an sich zahlt und im eigenen Namen acceptiert oder umgekehrt[3])[4]) Man wird sich jedoch dem Eindruck nicht verschliessen können, dass sie von dem Selbstzahlungsakte des Vormundes so sprechen, als wenn wirklich ein Rechtsgeschäft vorläge, das auch sonst als solvere bezeichnet zu werden pflegt[5]) und nicht etwa ein negotium sui generis.

Da wir in der Zahlung des Vertreters an sich einen wirklichen Vertrag sehen, nehmen wir auch folgeweise an, dass durch die Zahlung die Schuld sofort und endgültig

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I. § 213, Sohm l. c. p. 16 f. Anders wohl Kohler in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 24 p. 225 und in den gesammelten Abhandl. p. 7.

[2]) Römer, p. 72, ebenso.

[3]) Diesen Einwand erhebt Muskat p. 528.

[4]) Ein Vertreter kann zwar nach l. 13 § 10 Dig. 46, 4 eine acceptilatio nicht vornehmen, den gleichen Erfolg jedoch mittels Novation erreichen.

[5]) Meissels p. 524.

getilgt ist. Dies wird von verschiedenen Seiten und aus verschiedenen Gründen bestritten. So meinen einige[1]), nicht ein Vertrag oder die Zahlung befreit, sondern die durch dieselbe erzeugte Bereicherung. Es kann jedoch dem Vertreter die Pflicht zur Zahlung, welche in den citierten Stellen ausgesprochen ist, nicht zugemutet werden, wenn es nicht zu einer unzweideutigen Liberation kommt.[2]) Der Schuldner, Vertreter wie Vertretener, läuft sonst Gefahr, zweimal zahlen zu müssen, in beider Interesse liegt also die endgültige Liberation.

Rümelin p. 113—116 will nach einer sehr kasuistischen Begründung nur eine indirekte, für die einzelnen Arten der Vertreter nicht nur, sondern auch für die verschiedenen Anlässe von Zahlungen verschiedene Liberation anerkennen; im Allgemeinen soll eine exceptio doli bezüglich desjenigen Betrages gewährt sein, um den der Mündel bereichert ist. In der Regel, aber nicht immer, müsse diese Bereicherung noch zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein. Jedenfalls „lässt sich nicht von Anfang an absehen, ob der Solutionseffekt ein dauernder sein wird." (p. 119.) Gegenüber diesen komplizierten und unpraktischen Konsequenzen der Rümelin'schen Theorie erscheint die Annahme eines Vertrages bei der Selbstzahlung und daraus folgender unbedingter Liberation das allein richtige. Diese Ansicht hat übrigens schon Donellus vertreten (comment. de jure civili lib. III. cap. XII. tit. XIII., Bd. I. p 525): quod si alii solvere tutori possunt, ut liberentur, potest utique et ipse tutor a se exigere, si quid pupillo debet, ut se ea solutione a sorte et usuris liberet.

Die Erfüllung unserer oben erörterten Forderung, dass irgend eine äusserlich erkennbare Handlung die Absicht des Vertreters dokumentiere, ist selbstverständlich auch

---

[1]) Bechmann, p. 287. Rudorff Bd. II. § 130. p. 334. Muskat § 6 p. 527 u. a.

[2]) Ähnlich Dernburg, Kompensation p. 384.

bei dem selbstkontrahierten Zahlungsvertrage unerlässliche Voraussetzung. Einen solchen Nachweis wird in vielen Fällen eine Buchung oder die Ausstellung einer selbstständigen Quittung bilden.[1]) Die Integrität der römischen Hausbücher war durch eine Reihe von Massregeln gesichert. „Im Geiste römisch-republikanischer Öffentlichkeit galt es als Ehrensache, dass gewöhnlich hier jedes Geschäft zu finden war.“[2]) Auch eine schriftliche Quittung, apocha oder securitas, konnte der Vormund gültig erteilen.[3])[4]) Ein derartiger zuverlässiger Nachweis ist demnach für den Vertreter sehr leicht möglich und die Beibringung eines solchen schon aus dem Grunde ratsam, dass er sich nicht dem Verdachte einer in usus versio aussetzt.

Eine im Wege der gestio erfolgende Zahlung ist für die Regel den beiderseitigen Interessen des Vertreters und des Vertretenen nicht entsprechend und deshalb aus den gleichen Gründen unzulässig, wie sie für die Unstatthaftigkeit eines rein einseitigen Rechtsgeschäftes des Vertreters ausgeführt sind.

§ 8.

Weniger bestritten und bestreitbar als die Vertragsnatur der Zahlung ist diejenige des Darlehns, zu dem wir nunmehr übergehen. Von einem selbstkontrahierten Darlehn ist vor allem die Rede in l. 9 § 7 Dig. de admin. et per. tut. 26, 7. Ulpianus libro XXXVI. ad edictum non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo Digestorum scripsit; seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.

---

[1]) Diese zwei Arten schriftlicher Beweisurkunden nennt Gneist l. c.

[2]) Ebenda.

[3]) l. 46 § 5 de adm. 26, 7; l. 19 § 1 Dig. de acceptil. 46, 4.

[4]) Natürlich sind noch andere Formen des Nachweises denkbar, vergl. Schilter, praxis juris romani in foro germanico. Francof. et Lips. 1713. § 100.

Zu vergleichen ist hiermit l. 54. eod. Tryphonius libro II. disputationum non existimo maximis usuris subiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi non consumpsit, nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur, et nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset. et multum refert, palam aperteque debitorem se, ut extraneum et quemlibet faceret pupillo, an sub administratione tutelae pupillique utilitate latenter sua commoda pupilli pecunia juvaret.

Die letzte Stelle macht allerdings die Entnahme eines Darlehns von der Voraussetzung abhängig, dass der tutor dasselbe von einem contutor erhält. Von dieser Beschränkung enthält aber die Ausführung von Ulpian keine Spur.[1]) Auch der ganze Zusammenhang ergiebt durchaus nicht die Notwendigkeit, ein a contutore zu ergänzen. Rudorff, welcher die Stelle in dieser Weise interpretiert, kann sich deshalb auch nicht auf grammatische oder logische Gründe für seine Auslegung berufen. Dass ein Vormund seitens des Mitvormundes von seinem Mündel ein Darlehn aufnehmen wie überhaupt jeden Vertrag mit jenem eingehen kann, ist unbestreitbar. Die zuerst citierte Stelle geht aber darüber hinaus, sie lässt eine darlehnsmässige Verpflichtung schon dann entstehen, wenn ein Vormund als Privatperson von sich als Vormund, also von dem Mündel, ohne Dazwischenkunft eines Mitvormundes ein Darlehn entnimmt. Hierdurch wird ein Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst begründet, sofern man, wie dies die herrschende Ansicht lehrt, in dem Darlehn ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, einen Vertrag, erblickt.

Die Vertragsnatur des Darlehns wird jedoch von einigen Schriftstellern in dieser Stelle geleugnet, so von

---

[1]) Wenn auch a semet ipso accipere nicht ausdrücklich gesagt ist, was Muskat p. 530 vermisst.

Lepa (p. 241), Bechmann (p. 289), Rudorff (Bd. II. § 125 p. 304 ff.), Keller (Pandekten § 432 p. 819). Die Verpflichtung des Vertreters gehe hier aus der in dem Nehmen des Darlehns enthaltenen gestio hervor, „welche dessen Ökonomie in Berührung bringt mit derjenigen des Pupillen.“ (Keller a. a. O.) Mühlenbruch[1]) behauptet sogar, dass das Darlehn überhaupt „kaum“ als Vertrag erscheint.

Während die Vormundschaftsverwaltung wie diejenige jeder anderen Vertretung unter Umständen eine Darlehnshingabe seitens des Vertreters rechtfertigt, welche als Impense mit der actio contraria geltend gemacht werden kann, erfordert sie dagegen niemals, dass der Vertreter sich aus dem Mündelvermögen ein Darlehn nimmt. Kann er Mündelgeld nicht zinstragend unterbringen, nun gut, so lässt er es liegen; wenn er nichts an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen, kann er für den Verlust nicht verantwortlich gemacht werden.[2]) Ein sich selbst gewährtes Darlehn kann also unmöglich unter den Begriff der Impendierung fallen.

Dass jedenfalls Ulpian einen regulären Darlehnsvertrag annimmt, geht aus seinen Worten hervor: mutua pecunia se obligare und mutuum proscribendo. Er führt also die Obligierung des Vertreters nicht auf eine Impendierung, sondern auf einen Vertrag zurück.

Muskat (p. 529 ff.) leugnet zwar nicht, dass hier von einem mutuum die Rede ist, behauptet aber, dasselbe werde durch sämtliche Stellen verboten, welche das in usus suos vertere untersagen. Dass die Entnahme eines Darlehns unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und dass die eigenmächtige Verwendung von Mündelgeld unzulässig ist, enthält doch keinen Widerspruch! Muskat will die citierten Stellen folgendermassen erklären: Der tutor kann sich

---

[1]) Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Stuttg. 1836. § 11 p. 86.

[2]) l. 12 § 4 Dig. 26, 7.

durch Ausstellung eines Darlehnsschuldscheines obligieren. Wenn dieser Schein in der Erwartung, dass der contutor ein Darlehn gewähren werde, ausgestellt und zwei Jahre hindurch die querela non numeratae pecuniae nicht angestellt wird, so tritt eine Obligation durch den Schuldschein ein. Das Schreiben desselben sei zweifellos ein einseitiger Akt. Diese Ansicht wird durch die Schlussworte, dass die Obligation mutua pecunia entstehe, direkt widerlegt, ganz abgesehen davon, dass der Jurist sich wohl klarer ausgesprochen hätte, wenn er den von Muskat vermuteten, ganz entfernt liegenden Gedanken hätte ausdrücken wollen. Rümelin (p. 164) macht ausserdem darauf aufmerksam, dass der Jurist Marcellus, auf welchen Bezug genommen wird, die querela non numeratae pecuniae und den Ausschluss des Gegenbeweises gegen den Schuldschein gar nicht kennen konnte, da dieses Institut erst von Kaiser Caracalla ab entwickelt wurde.

Das creditam pecuniam sibi scribere erklärt Eck (a. a. O. p. 267) als „Quittieren einer gezahlten Schuld." Er kann jedoch nicht umhin, den Schlusssatz mit den nicht wegzudeutenden Worten: sibi mutuam proscribendo unserer Ansicht gemäss zu deuten: Der Vormund ist sogar zur Begründung einer neuen Darlehnsschuld mittels Verschreibung berechtigt.

Natürlich muss die Zulässigkeit der einseitigen Entnahme eines Darlehns an bestimmte Voraussetzungen[1]) gebunden sein. Diese ergeben sich teils aus l. 9 § 7, teils aus l. 54 citt. Der allgemeine Grundsatz für jede Verwaltung findet sich in l. 12 § 1 Dig. 26, 7. Es ist hiernach erforderlich, dass der Vorgang sich palam aperteque abspielt. Hierfür gilt auch das bei der Selbstzahlung Gesagte, namentlich was eine Buchung anbelangt.[2])

---

[1]) Hierauf deutet ausdrücklich das scribere und proscribere der Quellen.

[2]) Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. I. § 74 Anm. 21 p. 423: „Soll man etwa aus diesen Stellen herleiten, dass der Vormund,

Als weitere, in unseren obigen Erörterungen begründete Voraussetzung des selbstkontrahierten Darlehns muss man bezeichnen, dass dasselbe mit seinen Modalitäten dem Interesse des Vertretenen entspricht, ihnen jedenfalls nicht zuwider ist.[1]) Dahin gehört das cavere, d. h. die Ausstellung eines Schuldscheines und die Verpflichtung auf Zahlung bestimmter Zinsen. Bei der einseitigen Darlehnsentnahme des Vertreters hat wohl die Aufnahme der Zinsverbindlichkeit in die cautio die gleiche rechtliche Wirkung wie die regelmässig erforderte Stipulation. Eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne ausdrückliches Versprechen aus gewissen Billigkeitsrücksichten ist ja auch sonst nicht unerhört.[2])

Römer (p. 71 ff.)[3]) sieht in der l. 9 § 7 cit. auch den Fall bestätigt, dass jemand aus seinem eigenen Vermögen an sich als tutor Geld zum Darlehn giebt und dies in die Vormundschaftsrechnung einträgt.[3]) Dass sibi creditam pecuniam scribere grammatisch dies bedeuten könnte, kann wohl nicht bezweifelt werden. Man vergleiche jedoch l. 5 pr. Dig. de auct. et cons. tut. 26, 8. Ulpianus libro XL. ad Sabinum pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane, si plures sint tutores, quorum

---

der in einem Schuldschein schreibt, dass er 10000 Mark als Darlehn aus des Mündels Vermögen erhalten und mit sich als Vertreter des Mündels verabredet habe, dass das Darlehn ihm zinslos 30 Jahre belassen werden müsste, sich im judicium tutelae auf diesen „Vertrag" berufen könne?" Dieser Fall, welcher die Unbilligkeit und Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens beweisen soll, ist für diesen Zweck ungeeignet, da der geschlossene Vertrag wegen des offenbaren Missbrauchs der Vertretungsbefugnis unbedingt ungiltig ist. Vergl. den angeführten Grundsatz.

[1]) Die weitergehende Forderung Rümelins, dass die Interessen des Vertretenen direkt gefördert werden müssen, ist schon oben abgelehnt.

[2]) l. 38. Dig. de neg. gest. 3, 5.

[3]) Ebenso Rudorff, Bd. II. § 151 p. 476, Bartolus in der Glosse zu dieser Stelle.

unius auctoritas sufficit, dicemdum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori; naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est, nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit.

Hier wird geradezu das Zustandekommen eines Vertrages geleugnet, wenn ein tutor unter eigener auctoritas seinem Mündel, d. h. sich selbst, ein Darlehn giebt, es besteht nur eine naturalis obligatio wegen der Bereicherung. Weshalb Ulpian in dieser Weise unterscheidet, geht aus dem Wortlaute seiner Aussprüche nicht hervor. Wir glauben, wie an anderer Stelle dargelegt, den Grund in folgendem zu finden: Es können Umstände eintreten, bei denen es dem Vormunde gerechtfertigt erscheint, dem Geldbedürfnis des Mündels durch ein seinerseits gewährtes Darlehn abzuhelfen. Obgleich dieses Darlehn vielleicht als notwendige oder wenigstens nützliche Verwendung aufgefasst werden könnte, so überwiegen doch die Bedenken gegen die Statthaftigkeit dieses Geschäfts, welche in dem Satze tutor in rem suam auctor fieri non potest ihren Ausdruck gefunden haben. Wenn dagegen der Vormund oder ein anderer Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen sich selbst ein Darlehn giebt, so hat das mit der Vertretung an sich garnichts zu thun, ist jedenfalls niemals durch eine Vertretung geboten und unterliegt somit anderen Grundsätzen.

Die Glosse drückt sich über diese Frage nicht unzweideutig aus. Dagegen erwähnt Cujacius (comment. in lib. XXXIII. Pauli ad edictum, vol. V. p. 508) nur den einen Fall. Windscheid[1]) hält Römers Interpretation für „bedenklich".

---

[1]) Pandekten Bd. II. § 440 Anm. 8 p. 656.

Obwohl die beiden besprochenen Stellen nur vom Vormunde reden, ist man wohl berechtigt, auch ein von Generalbevollmächtigten, Vertretern juristischer Personen und negotiorum gestores selbstkontrahiertes Darlehn als gültig anzuerkennen: einmal sind die gesetzgeberischen Erwägungen über die Zulassung des Selbstkontrahierens für sie im wesentlichen die gleichen wie für die tutores, dann sind auch die genannten Arten der Vertreter in den Quellen wiederholt bei Erörternng unserer Frage zusammengestellt.[1])

Von der Zulässigkeit einseitiger Darlehnsaufnahme ist nur eine Ausnahme zu machen für Staatsbeamte (nach l. 1, l. 2 Cod. de his qu. expubl. collat. 10, 75 [73]). Dieselben dürfen aus den ihnen unterstellten Kassen nicht Geld als Darlehn entnehmen.

§ 9.

Ein Verhältnis, bei welchem ein Selbstkontrahieren des Stellvertreters, wenigstens für einzelne Fälle, fast allgemein[2]) zugegeben wird, ist der Verkauf desselben als Vertreters an sich als Subjekt eigener Rechte. Es findet sich eine ganze Anzahl von Stellen, welche die Möglichkeit eines Verkaufes an sich selbst leugnen, daneben giebt es andere, welche dieselbe, wenn auch nur bei bestimmten Voraussetzungen, zweifellos anerkennen. Die zu besprechenden Stellen sind folgende:

l. 34 § 7 Dig. de l. E. 18, 1 verbietet schlechthin den Verkauf eines jeden[3]) Vertreters an sich: Paulus

---

[1]) So z. B. in l. 34 § 7 Dig. de contr. empt. 18, 1; l. 2 § 8, § 9 Dig. pro empt. 41, 4. Ebenso Cujacius l. c.

[2]) Prinzipiell bestritten nur von Lepa p. 245 ff., Muskat § 7 p. 534 ff., Bechmann p. 286 ff.

[3]) Ebenso allgemein Basilica XIX. 1, 34 tom. II. p. 262. Baron Pandekten 8. Aufl. 1893. § 66. Bechmann p. 286. Windscheid Bd. II. § 388 Anm. 14 p. 413 erklärt dies in Übereinstimmung mit unserer Auffassung für ein positives Verbot von begrifflich Möglichem.

libro XXXIII. ad edictum tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia, i. e. ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt.

l. 46 Cod. desgleichen: Marcianus libro singulari de delatoribus: non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam; alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini, et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.

Diese Stelle will Römer (p. 96) nur auf diejenigen beziehen, „welche vermöge des von ihnen verwalteten Amtes verkaufen.“ [1]) Es liegt aber doch wohl kein Grund vor, die Bedeutung von officium derart eng zu fassen.[2]) Spricht man doch auch von einem officium tutoris. (arg. l. 1 Cod. quando ex facto tut. 5, 39.)

Ein anderes Resultat ergiebt l. 5 § 2—5, l. 6 Dig. de auct. et cons. tut. 26, 8. Ulpianus libro XL. ad Sabinum. § 2 item ipso tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest; sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere potest; sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet. § 3 sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse; et ita est rescriptum a Divo Severo et Antonino. § 4 sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen, non mala fide, sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio; quod si callide, idem erit, ae si per interpositam personam emisset. § 5 sed et si creditor pupilli

[1]) Ebenso Faber, ad l. 46 D. cit.

[2]) Glück Bd. 16 p. 150, Rudorff Bd. II. p. 471, Buchka, Stellvertretung p. 64 ff., Turri l. c. n. 8, Windscheid Bd. II. § 440, Anm. 7 p. 601.

distrahat, aeque emere bona fide poterit. l. 6 Pomponius libro XVII. ad Sabinum tutores, quibus administratio decreta non esset, tamquam extraneos recte a pupillo emere placet.

Der Sinn ist kurz folgender: § 2. Ein Vormund kann regelmässig nicht eine Mündelsache kaufen, ohne dass ein contutor seine auctoritas dazu gewährt. Voraussetzung für die Gültigkeit ist dann, dass das Geschäft nicht mala fide geschlossen worden ist. § 3. Wird der Kauf durch eine Zwischenperson bewirkt, so ist er ebenfalls ungültig, da er nicht bona fide geschehen zu sein scheint. § 4. Kauft der Vormund selbst offensichtlich, schiebt aber für die Eintragung in die Urkunde jemand anders vor — wie das vornehme Leute zu thun pflegen — ist also bona fide gehandelt, valet emptio. Ist jedoch dabei gegen die bona fides verstossen (quod si callide), so ist das Geschäft ungültig. § 5, l. 6. Unbedingt ist ein Kauf des Vormundes gültig, wenn er von einem andern als dem Mündel Mündelsachen erwirbt, z. B. von dem veräussernden Pfandgläubiger, oder wenn das Mündel bei dem betr. Kauf gar nicht durch den kaufenden Vormund, sondern durch einen anderen Vormund vertreten ist.

Dies ist im grossen und ganzen die herrschende Erklärung in Anlehnung an die Glosse zu den citierten leges, welche das Resultat in die Worte zusammenfasst: tutores (administrantes) possunt sibi auctorari palam et bona fide. Man hat versucht, in § 3 und § 4 aus § 2 contutore auctore hineinzuziehen.[1]) Das ist doch aber durch nichts begründet und wird schon von der Glosse palam zu dieser Stelle reprobiert. Auch den Kauf für gültig zu erklären, quia judex vendere videtur (Faber, jurispr. Pap. XII. princ. VI. ill. 21), weil es sich also gar nicht um einen Vertragsschluss des Vertreters mit sich selbst handle, liegt kein Anlass vor. Die einzig mögliche Interpretation sieht hier

[1]) Keller § 432 p. 819, Puchta § 351 p. 519, Muskat p. 534.

den Kauf des Vormundes von sich selbst bestätigt, bona fides vorausgesetzt. Diese „bona fides“ wird des näheren unten im Zusammenhange besprochen werden.

Eine andere sehr bestrittene Stelle ist die l. 2 §§ 8, 9 Dig. pro empt. 41, 4. Sie lautet: Paulus libro LIV. ad edictum § 8 tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit; Servius ait, posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et si minoris emerit, tutelae tenebitur judicio, ac si alii minoris addixisset; idque et a Divo Trajano constitutum dicitur. § 9. procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. Idem potest dici, et si negotia domini gerens ignorantis emerit, propter eandem utilitatem.

Cujacius (comm. in lib. LIV. Pauli ad edictum ad § tutor seqq., vol. V. p. 741) erläutert diese Stelle folgendermassen: si tutor rem pupilli emerit et pro tradita habuerit, non potest eam usucapere pro emptore, ut in hoc § traditur, quia initium possessionis vitiosum est. sed si ex auctione rem pupilli emerit, eam usucapere potest pro emptore, quod necessario accipiendum est de re aliena a pupillo bona fide possessa. rem enim pupilli propriam si tutor ex auctione emit, statim dominium eius aquirit.[1])

Nach dem Wortlaut des § 8 können also tutor und procurator auf Grund eines Auktionskaufes eine dem Pupillen nicht gehörige Sache ersitzen. Daraus ist zu schliessen, dass sie eine Sache des Mündels sofort zu Eigentum erwerben können, sodass also hier ein wirklicher Eigentumsübergang auf Grund eines Kaufes vorliegt.

Fitting[2]) nimmt an, dass hier eine besondere Art der

---

[1]) Ihm folgt Rümelin p. 182.

[2]) Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 51 p. 249 ff. Ebenso Unterholzner, Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 2. Aufl. Leipzig 1858. Bd. I. § 110 p. 377. Ähnlich Schirmer in Lindes Zeitschrift, Bd. 16 p. 42.

Ersitzung zugelassen werde, und zwar aus Zweckmässigkeitsgründen. Ein verus titulus usucapionis liege nicht vor[1]), da ein derartiger Kauf nach den römischen Grundsätzen ein juristisches Garnichts, ein völlig nichtiger und bedeutungsloser Vorgang sei. Es ist aber wenig wahrscheinlich und entbehrt jeder quellenmässigen Begründung, dass zu Gunsten eines so speziellen Falles, wie es der vorliegende zweifellos ist, die Grundsätze der Ersitzung durchbrochen sein sollen. Auch die Interpretation des Baldus (zu l. 2 § 8 cit.): es sei hier so entschieden, weil res pupulli erat usucapta ab herede tutoris, ist, weil durchaus willkürlich, zu verwerfen. Es bleibt nichts weiter übrig, als in dieser Stelle die Zulässigkeit des selbstkontrahierten Kaufes in der Auktion bestätigt zu sehen.

Zu einem gleichen Resultat führt l. 5 Cod. de C. E. 4, 38 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Graciae cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli, quae distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur . . . . . Diese Stelle sagt ganz allgemein, dass ein Vormund palam et bona fide von sich kaufen könne, ohne auf den Kauf in der Auktion beschränkt zu sein. Eine derartige Einschränkung hat man wohl entsprechend der citirten l. 2 § 8 auch hier als selbstverständlich hineinziehen wollen, dies ist aber ebensowenig gerechtfertigt, wie eine a contutore zu subintellegieren.[2])

Schliesslich ist noch l. 47 § 6 Dig. de admin. et per. tut. 26, 7 zu besprechen. Scaevola libro II responsorum altero ex duobus fratibus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis nego-

---

[1]) Ebenso Rudorff Bd. II. § 149 p. 473.

[2]) Wie nach dem Vorgang der Glosse Muskat § 7 p. 534 vorschlägt. Hier wie in den anderen Stellen wollen ferner „selbstverständlich“ eine andere Person als Verkäufer annehmen Puchta § 351 p. 519 und Seuffert, Pandektenrecht, 4. Auflage Würzburg 1860 Bd. III. § 570 Anm. 8, p. 109.

tium suo nomine exercuit. quaesitum est, utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. respondi, secundum ea, quae proponuntur, pupillo usuram non compendium praestandum.

Nicht mit Unrecht bezieht wohl Pernice diese Stelle auf einen Auktionskauf.[1]) Schwierigkeiten bereitet die Erklärung der Worte: mercibus venditis et sibi redemptis. Das der tutor das Warenlager wirklich an einen dritten verkauft und von diesem wieder zurückgekauft habe, nehmen Muskat (p. 533) und Bechmann an, eine Begründung sind sie aber schuldig geblieben. Rümelin (p. 192.) bemerkt übrigens mit Recht, dass wir, wenn Scaevola jenen ihm untergeschobenen Gedanken hätte aussprechen wollen, wohl ein mox oder postea vor sibi redemptis lesen würden. Man wird den der Stelle zu Grunde liegenden Fall so erklären, dass der tutor das ganze Warenlager in der Auktion ausbietet und selbst das höchste Gebot abgiebt. Dass der tutor Miteigentümer war und als solcher an sich verkauft, hindert die Gültigkeit des Geschäftes nicht. Wir haben verschiedene Quellenzeugnisse, welche beweisen, dass Mandatare eine Sache, die in ihrem Miteigentum steht, für den Mandanten kaufen können.[2])

Für die Möglichkeit eines Verkaufes an sich selbst wird noch angeführt l. 56 Dig. de admin. et per. tut. 26, 7 Scaevola libro IV. Digestorum tutor rerum et animalium pupilli venditionem fecit, sed quaedam animalia emptoribus pretium non solventibus retinuit et apud se habuit, pretium idem rationibus pupilli accepto tulit, ex his aliquot nata sunt, defuncto tutore heres eius eandem tutelam administravit et animalia annis plurimis possedit; quaesitum est, an cum iis, cuius tutela administrata est, annorum quatordecim esset, jure animalia vindicaret. respondit, se-

---

[1]) Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. III. romanist. Abteil. p. 69 Anm. 4.

[2]) l. 22 § 4, l. 34 § 1 Dig. mand. 17, 1.

cundum ea, quae proponuntur, pupillum ea vindicare non posse.

Ein tutor hat Sachen und Tiere seines Mündels verkauft. Einige dieser Tiere hat er, da die Käufer den Kaufpreis nicht zahlten, für sich zurückbehalten, den Preis dafür selbst an den Pupillen gezahlt und sich in der Vormundschaftsrechnung quittirt. Die Tiere bekommen Junge. Der tutor stirbt und sein Erbe führt die Tutel fort. Das Mündel will später die Tiere vindizieren (die alten? oder die Jungen? oder beide?). Diese Klage wird von Scaevola abgewiesen.

Denkbar wäre es ja nun allerdings, dass der Grund dieser Entscheidung darin zu suchen ist, dass der Vormund durch die Zahlung des bestimmten Kaufpreises Eigentum an sich selbst übertragen hat.[1]) Der Jurist kann aber bei seinem Urteil noch verschiedene andere Erwägungen im Auge gehabt haben: so kann er der Vindikation stattzugeben verweigern, weil der Erbe die Tiere pro herede ersessen habe, oder weil sie Früchte von Sachen seien, an denen er bonae-fidei-Besitz hatte; oder der Beklagte hat eine exceptio doli, weil das verum pretium in den Händen des Mündels sei. Nach alledem dürfen wir diese Stelle nicht in unsere Erörterung hineinziehen.

Dass die angeführten Stellen im Prinzip den Verkauf des Vertreters an sich selbst für unzulässig erklären, darf uns nicht Wunder nehmen: auf dem Gebiete der Konsensualkontrakte, zu welchen die emptio venditio gerechnet wird, ist ja die direkte Stellvertretung nicht anerkannt.

Wie lässt sich demgegenüber nun die Möglichkeit erklären, dass der Vertreter palam et bona fide an sich verkaufen, oder beschränken wir uns vorläufig auf den fast allgemein anerkannten Fall, dass er bei der von ihm vorgenommenen Auktion von Mündelsachen solche für sich

[1]) Diese ganze Deduktion nach Rümelin p. 200 ff.

kaufen könne? Dass blosse Opportunitätsgründe hingereicht hätten, die Regel tutor rem pupilli emere non potest zu durchbrechen, erscheint kaum glaublich.

Römer (p. 78) wird wohl den richtigen Gesichtspunkt gefunden haben, von dem aus die Anerkennung des selbstkontrahierten Kaufes zu begründen ist. Seine Ausführungen sind etwa folgende: Die emptio venditio ist Konsensualkontrakt nur insoweit, wie sie betrachtet wird als ein auf die Erzeugung von Obligationen gerichtetes Geschäft. Diese sind einerseits die obligatio des Käufers zur Zahlung des Preises, andererseits die obligatio des Verkäufers zum Prästieren des habere licere der Ware. Ist nun die emptio venditio gerichtet auf den sofortigen Austausch der beiden Leistungen ohne Erzeugung jener Obligationen, so ist das ein realer Austausch von Vermögensleistungen, nicht das Versprechen solcher.[1]) In diesem Falle ist die Stellvertretungslehre des römischen Rechtes kein Hindernis mehr für die Möglichkeit eines Verkaufes an sich selbst[2]), weil ja für den Erwerb des Besitzes und des Eigentums die Zulässigkeit direkter Stellvertretung anerkannt ist. „Von diesem Gesichtspunkt aus erwirbt z. B. der Vormund, welcher eine Mündelsache an sich selbst verkauft, für das Mündel das Eigentum an dem Kaufpreise und für sich selbst das Eigentum an der Ware mit dem Austausche beider Leistungen."

Jeder Baarkauf des Vertreters für sich, sobald er den allgemeinen Voraussetzungen entspricht, (welche wiederholt genannt sind und für jedes Selbstkontrahieren gelten), ist also unseres Erachtens zulässig. Rümelin (p. 191 bis 195) will sogar einen selbstkontrahierten Kreditkauf als quellenmässig nachweisen und beruft sich dafür auf l. 47 § 6 cit. Die Kaufschuld könne durch Fiktion einer duplex

---

[1]) Diese durchaus sachgemässe Unterscheidung will Bechmann p. 286 nicht anerkennen.

[2]) Selbst von Muskat p. 524 § 6 zugegeben.

numeratio in eine Darlehnsschuld umgewandelt werden, und eine solche könnte ja der Vertreter mit sich eingehen.[1]) Wir möchten jedoch für das römische Recht eine derartige Ausdehnung des immerhin anormalen Falles des Selbstkontrahierens nicht annehmen. Der Beweis von Rümelin erscheint auch gekünstelt.[2])

Man hat die unserer Ansicht nach richtige Auslegung, welche in vielen der angezogenen Stellen die Möglichkeit eines Selbstkontrahierens anerkannt sieht, zu bekämpfen versucht, indem man behauptete, in allen Stellen sei nur von einem Auktionskaufe die Rede, und überall, wo in Rom eine Auktion abgehalten sei, habe die Funktion des Verkäufers ein selbständiger Auktionator erfüllt. So Bechmann (p. 187) und Lepa (p. 247/248). Nach diesen ist die Mitwirkung eines Auktionators stets, als selbstverständlich, zu subintelligieren. „Der Vormund," sagt Lepa a. a. O., „welcher sich nach l. 5 § 4 Dig. 26, 8 geniert, seinen wahren Namen anzugeben, wird gewiss nicht die zum Verkauf gestellte Sache herumgezeigt, angepriesen und verkauft haben."

Dagegen ist zu erwidern, dass in der fraglichen Stelle gesagt wird, honestiores liessen nicht gern nomina sua instrumentis inscribere. Diese Abneigung, den Namen, wo die wahre Angabe desselben nicht erforderlich ist, zu nennen finden wir auch heute noch zuweilen, die Fremdenbücher der Hotels z. B. beweisen das. Diese Abneigung erstreckt sich aber nur auf das nomina instrumentis inscribere, nicht auch auf andere Handlungen oder Rechtsgeschäfte. Mag nun auch in der That oft die Auktion durch eine besondere Person abgehalten sein, so ist doch in unseren Stellen mit keinem Worte solches Verhältnis

---

[1]) Nach Windscheid Bd. II. § 388 p. 413 könnte man an der Zulässigkeit auch eines Kreditkaufes nicht zweifeln. Oder soll dies nur für das gemeine Recht gelten?

[2]) Er wird deshalb von Eck p. 271 heftig angegriffen.

angedeutet. Im Gegenteil, man muss aus l. 2 § 8 cit. „si alii adixisset“ schliessen, dass ein sibi addicere möglich war, dass also zum mindesten in dem dieser lex zu Grunde liegenden Falle der Vertreter die Auktion in eigener Person abgehalten hat. Dies wird man aber auch in den andern Stellen mit Recht annehmen können.

Wir müssen jetzt noch auf das „palam et bona fide“ zurückkommen, das uns wiederholt in den Quellen begegnet ist. palam und bona fide stehen nicht koordiniert neben einander, vielmehr ist das letztere das allein wesentliche Moment.[1]) Wenn es jedoch palam zugegangen ist, bei einem Rechtsgeschäft überhaupt wie vor allem bei einem selbstkontrahierten, so ist damit nach einer sich täglich aufdrängenden Erfahrung die Wahrscheinlichkeit, man kann fast sagen die Präsumption gegeben, dass es auch bona fide hergegangen ist. Cujacius (l. c. Bd. V. p. 508) sagt hierüber: quod fit palam, bona fide fieri videtur, und die Glosse drückt diesen Gedanken, negativ gewendet, mit den Worten aus: (quia) qui male agit, odit lucem. In unserer deutschen Sprache haben wir übrigens eine der römischen völlig entsprechende Redewendung: offen und ehrlich.

Dieses palam et bona fide-Handeln ist Voraussetzung für jedes Selbstkontrahieren, wie wir bei der Zahlung, dem Darlehn und dem Kauf gesehen haben. Aus dieser Voraussetzung ist wohl auch herzuleiten, weshalb gerade die Auktion als Gelegenheit hervorgehoben wird, bei welcher der Vertreter an sich selbst verkaufen kann.[2]) Bei der Auktion nämlich ist in den weitaus meisten Fällen die Handlung des Vertreters ganz offensichtlich und kontrolierbar.

---

[1]) cf. l. 12 § 1 Dig. 26, 7 cit.

[2]) Auf die ansprechende Erklärung von Rümelin p. 210 bis 213, die wir durchaus nicht unterschätzen, werden wir sogleich kommen.

Bei einem Kaufvertrage ist eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen eigentlich nur in Beziehung auf die Höhe des festzusetzenden Preises denkbar. Es wird nun das verum pretium in der Auktion durch das Bieten festgestellt. Eine Benachteiligung des Vertretenen erscheint somit regelmässig ausgeschlossen, wenn der Vertreter, welcher die Auktion abhält, selbst das höchste Gebot abgegeben hat und sich den Zuschlag erteilt. Damit sind alle Garantieen geboten, dass er bona fide handelt, und die Interessen des Vertretenen gewahrt sind. Sollte er die Sache durch einen Scheinbieter (interposita persona) erstanden haben, so ist der Kauf ebenfalls gültig, vorausgesetzt natürlich bona fides.[1]) Da nun ein mit Rücksicht auf Ort und Zeit angemessener Preis nicht nur bei dem Auktionskauf, sondern auch bei andern Verhältnissen, namentlich den kleinen Bedürfnissen des täglichen Lebens, festgestellt werden kann, und ein palam et bona fide-Handeln auch hier möglich ist, nehmen wir für das römische Recht einen jeden bona fide erfolgenden (Baar-)kauf des Vertreters von sich selbst als gültig und zulässig an.

Weshalb beim selbstkontrahierten Kauf das Erfordernis des palam et bona fide-Handelns so oft im Vergleich zum selbstkontrahierten Darlehn betont wird, erörtert gut Donellus (comment. ad tit. de Reb. Cred. vol. X. p. 252/3 n. 9.) sane ad fidem bonam probandam hoc distat mutuum ab emptione rei pupillaris . . . . . non quia inter istos contractus quidquam intersit in potestate tutorum, constitutum hoc est: sed quidem non ita fidem suam probare tutor potest in emptione . . . . . ut potest in pecunia, hanc scribendo sibi esse creditam; idque propter incertitudinem pretii et certitudinem usurarum.

Das Selbstkontrahieren wird von einigen an sich wegen der hierbei nicht ausgeschlossenen Benachteiligung des Vertretenen geradezu als contra bones mores, contra bonam

---

[1]) Nach l. 5 §§ 3,4 Dig. 26,8 cit.

fidem angesehen. So sagt Donellus (vol. VIII. p. 746 n. 3.): in eo bona fide non facit, quod a se ipso[1]) emit. Im gleichen Sinne spricht die Glosse zu l. 5 Dig. 26,8 von einer praesumptio fraudis. Aus den gleichen Gründen legen wir, falls die bona fides des Vertreters bestritten wird, diesem den Beweis auf, da es ihm obliegt, ein angezweifeltes essentiale desjenigen Geschäfts, auf das er sich beruft, nachzuweisen.

In den besprochenen Stellen ist öfter vom tutor allein die Rede. Wir sind jedoch nach der bei der einseitigen Darlehnsentnahme gegebenen Begründung berechtigt, das nur für eine Spezies der Vertreter gefundene Resultat auf alle Vertreter: Vormünder, Kuratoren, Prokuratoren, Generalbevollmächtigte, negotiorum gestores und Vertreter juristischer Personen, auszudehnen.[2])

Ebenso wie dort ist auch beim Kauf des Vertreters von sich eine Ausnahme von der prinzipiellen Zulässigkeit zu machen für Staatsbeamte: nach l. 1 l. 2 eod. 10,75 soll der versteigernde Beamte nicht an sich selbst veräussern dürfen.[3])

Wird das Verbot, dass ein Vertreter nicht mala fide an sich verkaufen dürfe, übertreten, so bestimmt l. 5 § 2 Dig. 26, 8 cit., dass das Geschäft nullius momenti sei, und l. 46 Dig. 18, 1 cit., dass der ungetreue Vertreter rem amitit. Die erstgenannte Stelle fügt jedoch hinzu, dass der mündig gewordene Pupill durch nachträgliche Genehmigung die Gültigkeit des Geschäftes herbeiführen

---

[1]) Oder durch gewaltunterworfene Personen, was dem eigenen Erwerb nach l. 2. § 1 Dig. de admin. rer. 50, 8 gleichsteht. „facile enim frandis consilium initum inter personas domesticas . . . . . creditur.“ Faber, XII. p. VI. ill. 57.

[2]) Dagegen Mitteis p. 198 Anm. 246, da eine „ Ausnahme“ nicht ausgedehnt werden dürfe.

[3]) Sintenis, Civilrecht § 116 Anm. 11 p. 605 f. will hier das Prinzip wieder zur Geltung kommen lassen, wenn der Beamte den Preis nicht selbst festzusetzen hat, demnach für ein redliches Handeln desselben Sicherheit bestände.

könne. Somit ist das unredlich geschlossene selbstkontrahierte Geschäft des Vertreters nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.[1]) (Der Ansicht, dass hier relative Nichtigkeit vorliege, können wir uns mangels genügenden Beweises nicht anschliessen.) Diese Anfechtbarkeit wird auf ein ausdrückliches Rescript der Kaiser Serverus und Caracalla zurückgeführt.

Ob jemand von sich als Subjekt eigener Rechte an sich als Vertreter, also für den Vertretenen, etwas verkaufen könne — bei diesem Geschäfte wären im Vergleich zu dem bisher besprochenen die Subjekte vertauscht — ist in den Quellen nicht erwähnt. Römer schliesst daraus, dass solche Geschäfte unbeschränkt gültig seien, man muss jedoch wohl Lepa (p. 250) beipflichten, welcher diesen Schluss aus dem Schweigen der Quellen als unbegründet angreift. Dem Bedürfnis konnte wie in der gleichen Frage beim Darlehn leicht anderweitig abgeholfen werden.

§ 10.

Römer (p. 75) will noch einen anderen Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst in den Quellen bestätigt finden, nämlich einen Erlassvertrag. Diesen bezeuge l. 59 Dig. de admin. et per. tut. 26, 7. Scaevola libro XXVI. Digestorum cum hereditas patris aere alieno gravaretur, et res in eo statu videretur, ut pupilla ab hereditate paterna abstineretur, unus ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidit, ut certa crediti portione contenti essent acciperentque; idem curatores iam viripotenti accepti cum plerisque creditoribus deciderunt. quaesitum est, an, si aliquis tutorum creditor patris pupillae solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillae cum usuris fecerit, revocari a curatoribus pupillae ad portiones eas possit, quas ceteri quoque creditores acceperunt. respondit eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem portione

[1]) Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit, nimmt an Römer p. 90, wohl auch Glück Bd. 16 p. 149.

contentum esse debere. Ganz ähnlich lautet l. 44 Dig. de Pactis 2, 14.

Bartolus zu diesen Stellen und Faber (jurispr. XII. princ. VII. ill. 62) sprechen zwar auch von einem pactum, welches der tutor mit sich geschlossen hätte. Läge ein solches vor, so müsste er als überstimmter Gläubiger nach l. 58 § 1 Dig. mand. 17, 1 sich von dem Schuldner bezw. dessen Erben die exceptio pacti gefallen lassen. Es würde sich dann hieraus die getroffene Entscheidung rechtfertigen.[1]) Die Verpflichtung des Vertreters, sich mit den gleichen Prozenten zu begnügen, die auch die anderen Gläubiger erhalten, wird man aber nicht auf einen Vergleich zurückführen müssen, durch den er selbst obligiert werde.[2]) Sie ergiebt sich vielmehr daraus, dass er den Akkord als im Interesse des Mündels liegend angenommen hat. Verlangt er trotzdem für sich volle Befriedigung, so handelt er direkt dolos und kann mit der Klage aus dem Vertretungsverhältnisse, event. mit der actio doli belangt werden.

Wie sich aus der bisherigen Ausführung zur Genüge ergiebt, ist die Behandlung der Frage, ob ein Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst möglich sei, im römischen Recht eine ausgesprochen kasuistische gewesen. Nur wo die häufigsten Geschäfte des täglichen Lebens dringend ein Selbstkontrahieren verlangten, aber selbst da nur beschränkt und mit Ausnahmen, finden wir dasselbe anerkannt. Hiernach ist der Schluss berechtigt, dass trotz der Möglichkeit des Selbstkontrahierens dieses, wo nicht quellenmässig erwiesen, als verboten anzunehmen ist.[3])

[1]) Nichts beweist dagegen, wie Rümelin p. 202 selbst zugiebt, die von ihm herangezogene l. 7 § 19 Dig. 2, 14.

[2]) Wie Rümelin p. 202 ff. gut ausführt.

[3]) Wir erkennen also auch nicht eine selbstkontrahierte datio in solutum, oder einen derartig abgeschlossenen Tausch — im Gegensatz zu Römer — oder Mietvertrag — anders Rudorff II. § 138 p. 377 — an. Schenkungen dieser Art sind nach l. 12 § 3, l. 22, Dig. 26, 7 unmöglich.

§ 11.

Der Zug des spätrömischen Rechtes,[1]) jeder Möglichkeit einer Benachteiligung von wirtschaftlich unselbständigen Personen durch strenge Gesetze vorzubeugen, findet einen beredten Ausdruck in den Bestimmungen der nov. 72 capp. I. IV. V.

Cap. I. illud sancimus, si apertissime constet, tutorem minori obligatum esse, ut neque is tutor sit . . . . . hoc igitur certa lege comprehendatur, ut nemo, qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatas se habere dicit, aut aperte illi obligatus est, ad tutelam eius accedat nec licentiam tale quid faciendi habeat. Cap. IV. si vero initio hoc tacuerit et tutor factus sit, omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciat, quod de industria contra hanc nostram legem id dissimulaverit. si vero quis, cum manifesto obligatus esset, tacuerit, ille quoque hanc poenam subiturum se esse sciat, ut numerationibus vel aliis solutionibus tempore tutelae dolose adornatis debito se eximere non possit. Cap. V. si vero quis, ut dictum est, curator factus res minoris perscrutatus fuerit atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi . . . . fierent, sciat omnino irritum esse, quod ab eo geritur, nec per se nec per interpositam personam tale quid faciat.

Justinian verordnet hiermit, dass eine Person, welche zu einer anderen in einem Obligationsverhältnis steht, dieser nicht zum Vormund gesetzt werden, und dass noch viel weniger eine Obligation während der Dauer der Vormundschaft, z. B. durch Cession, zur Entstehung gebracht werden dürfte.[2])

---

[1]) Zasius tom. I. p. 263 l. cum in eo scheint für seine Zeit das Gleiche zu verlangen.

[2]) Schwanert, Naturalobligation, Gött. 1861, p. 478, 479 nimmt für den ersten Fall Entstehung einer naturalis obligatio an, für den zweiten natürlich Untergang der cedierten Forderung.

Damit ist im Justinianischen Rechte der Vertragsschluss des Stellvertreters mit sich selbst (also auch die Selbstzahlung) für das Gebiet der Vormundschaft [1]) absolut ausgeschlossen, dagegen nicht für die anderen Vertretungsverhältnisse. Hierzu bedürfte es, wie ausgeführt, eines ganz bestimmten positiven Verbots, eine extensive Interpretation der nov. 72 ist hier, wo es sich um eine singuläre Vorschrift handelt, unzulässig, trotz der in der praefatio angegebenen Motive des Gesetzgebers.[2])

Aus Gründen der Zweckmässigkeit wird wohl eine geringe Schuld nicht hindern, eine im übrigen geeignete Person zum Vormunde zu bestellen, ohne dass dieser darum seine Forderung verliert. Selbst ein Verschweigen würde dies nicht bewirken, falls das Bestehen der Schuld offenkundig ist.[3]) Doch lassen sich diese Folgerungen nicht quellenmässig belegen.

Aus dem Verbot der Cession für Vormünder gemäss der nov. 72 können wir in Verbindung damit, dass in den älteren Quellen niemals eine ähnliche Bestimmung erwähnt und in dem Gesetz selbst nicht auf eine solche zurückverwiesen wird, schliessen, dass zuvor eine der-

---

[1]) einschliesslich der testamentarischen. (So Seuffert, Bemerkungen zur nov. 72 im Archiv für civilist. Praxis Bd. 12 12 p. 304, 308. Strube, Rechtliche Bedenken, Hannover 1827, Bd. I. n. 86. Der Grund, den Barbosa (collectanea lib. V, tit. 34 n. 11) dagegen anführt: quia fides eius videtur approbata greift gegenüber der gesetzlichen Bestimmung nicht durch. Dagegen gilt nach der herrschenden Ansicht das Verbot nicht für Mutter und Grossmutter wegen der naturalis affectio et praesumpta materna pietas (cf. Ettmüller XXI. p. 22. Barbosa l. c. n. 3, Mühlenbruch p. 391).

[2]) Ebenso Mühlenbruch p. 393, Rümelin p. 216.

[3]) So Ettmüller XXVIII. p. 30. Berlich, decisiones aureae (Lips. et Francof. 1699) dec. CCLX. Dort sagt er (n. 8): ubi creditor suum debitum facet et alii hoc etiam ignorant, tutor est suspectus in suspicione juris et de jure. Barbosa l. c. n. 9. Cf. dagegen Cyriacus lib. I. 108 n. 21 und 22.

artige Cession wohl möglich war.[1]) Ist aber eine solche Geltendmachung der Forderung bei bestehender Vormundschaft möglich gewesen, so ergiebt sich daraus ohne Zweifel, dass auch die Selbstzahlung, die wichtigere Form der Geltendmachung, zulässig gewesen ist. Dieses Resultat entspricht völlig dem oben gefundenen.

§ 12.

Nachdem wir versucht haben darzustellen, in welchem Umfange das römische Recht den Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst anerkennt, treten wir der Frage näher, welche Stellung das gemeine Recht bezüglich dieses Verhältnisses einnimmt. Eine „herrschende Ansicht" hat sich, wie sich aus der Übersicht zu Anfang unserer Abhandlung ergiebt, nicht gebildet und ein Gewohnheitsrecht kann auch nicht konstatiert werden.

Die Lehren des römischen Rechtes, von denen die Beantwortung sehr wesentlich abhängt, könnten nun durch die anderen Faktoren des gemeinen Rechts, das kanonische und das deutsche Recht, beeinflusst oder geändert sein.

Im corpus juris canonici ist eine Stelle enthalten, welche ganz allgemein die Unstatthaftigkeit des Selbstkontrahierens auszusprechen scheint[2]), es sind die Schlussworte des cap. 7 X III. 7: Innocentius III. Episcopo Trecen. et Archidiac. Parisiensi. illud autem nolumus vos ignorare, quod, postquam M. fuit Abbas effectus, custodiam de jure non potuit obtinere: quia cum ratione abbatiae ad ipsum pertineat donatio tam custodiae quam aliarum dignitatum ac etiam praebendarum in ecclesia Patranen. custodiam ipsum accipere non potuit a se ipso, cum inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis, sed nec ab alio, cum jus conferendi alius

---

[1]) Rudorff Bd. II. § 69 p. 27, 29, Mühlenbruch § 32 p. 389.
[2]) Nach Rümelin p. 217.

non habeat. Rümelin a. a. O. macht darauf aufmerksam, die Glosse des Bartolus zu dieser Stelle lasse ersehen, dass das römische Recht durch diese Bestimmung nicht geändert worden sei; dieselbe sei übrigens vollständig ignoriert.

Ebensowenig sind deutschrechtliche Anschauungen aufzufinden, welche die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im allgemeinen betreffen, wie dies ja auch bei einer Frage aus dem Gebiete des Obligationenrechts kaum anders zu erwarten steht. Zu erwähnen wäre vielleicht, dass im Familienrechte die Stellvertretung, das selbständige Handeln des Vertreters mit verbindlicher Kraft für den Vertretenen, weitere Ausdehnung erfahren hat.[1])

Rümelin (p. 218) führt an, dass (durch den Einfluss des deutschen Rechtes?) die nov. 72 nicht recipiert, bezw. im Wege des Gewohnheitsrechtes beseitigt sei. Die herrschende Ansicht[2]) des gemeinen Rechts erkennt jedoch zweifellos die fortdauernde Gültigkeit dieses Gesetzes an, wenn freilich auch Stimmen für die entgegengesetzte Ansicht laut wurden, wie überall in dem Streit über das Selbstkontrahieren.[3]) Mangels Beweises für die Rümelin'sche Ansicht schliessen wir uns der anderen an.

---

[1]) Vergl. die bei Rudorff Bd. II. § 128 p. 323 angeführten Volksrechte, ferner Kraut, Vormundschaft, Gött. 1847, II. § 109 p. 633, Kohler in Jahrb. für Dogmatik. Bd. 24 p. 263 und dort Citierte.

[2]) Seuffert, nov. 72 im Archiv f. civ. Pr. Bd. 12 p. 304, Seuffert's Archiv XIX. n. 36 p. 60 und IX. n. 23 p. 30, Entscheidungen des Grossherzogl. Mecklenb. Ober-Appellationsgerichtes zu Rostock Bd. 7. p. 247, Strube. Bd. I. n. 86 und 87. Motive zum Entwurf Bd. 4 § 1651 p. 1093.

[3]) Sehr lehrreich sind in dieser Beziehung zwei Schöffensprüche, welche Berlich, decisiones pars II. dec. CCLX n. 12. mitteilt. Der eine lautet:

„Scabini Lipsienses consulti ab Christoph und Nicoln von Ende, Gebrüdern zu Taubenheim, mense Decembri anno 1630 responderunt: Zum dritten und auf die dritte Frage sprechen wir: Wann auch gleich ein creditor, so dem unmündigen debitori

Wir haben demnach als Grundlage für die Stellung des gemeinen Rechts zu der Frage des Selbstkontrahierens allein das römische Recht, welches wir aus diesem Grunde des längeren, als es nach dem Thema unserer Abhandlung vielleicht erforderlich erscheinen möchte, behandeln zu müssen glaubten.

Zunächst können wir sogleich eine Gruppe von Ansichten ausscheiden, nämlich diejenigen, welche aus dem Begriffe des Vertrages auf die Unzulässigkeit eines selbstkontrahierten Rechtsgeschäfts schliessen, so Bechmann, Muskat, Lepa, und Abraham[1]). Diese verwerfen natürlich auch für das gemeine Recht schlechthin die Möglichkeit eines solchen. Aus der Praxis können sie für ihre Ansicht eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[2]) anführen: „Es ist nach den Grundsätzen des Civilrechts . . . . . — von besonderen Ausnahmen abgesehen (!) — rechtlich unmöglich, dass bei einem Kontrahieren die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten werden können.“ Eine Entscheidung ähnlichen Sinnes bringt Seuffert's Archiv Bd. 27 n. 42 p. 65.[3]) Wir können uns hier wohl darauf beschränken, diese Ansicht mit Berufung auf unsere wiederholt angeführten Gründe kurz zurückzuweisen.

Durch den Umstand, dass das gemeine Recht bezüglich der Entscheidung über die Zulässigkeit des Selbst-

---

zum Vormunde bestätigt wird, bey Antretung der Vormundschafft seiner Forderung ausdrücklichen nicht erwenet, da sie aber dennoch ohne dies kundbar und der Obrigkeit, so den Vormunden bestätiget, wissend ist, nach mehrerem Innhalt eur Frage; so wird benimmter Vormund alsdann seine Forderung nicht verlustig. Von Rechts wegen.“

Eine direkt entgegengesetzte Entscheidung, welche sich auf den Wortlaut der Novelle beruft im Gegensatz zur Glosse, ebenda n. 19.

[1]) a. a. O. p. 11 ff.

[2]) Bd. 8 n. 15 p. 392.

[3]) Vergl. ferner R.-G. in Strafsachen Bd. 9 n. 103 p. 338.

kontrahierens allein auf das römische Recht angewiesen ist, ist die Doppel-Frage gegeben: Muss man annehmen, dass das gemeine Recht bei diesem Problem die gleichen Anschauungen hat wie das römische Recht, dass es also m. a. W. nur dieselben Fälle des Rechtsgeschäftes mit sich selbst zulässt, welche schon in diesem anerkannt sind? Oder muss man annehmen, dass das römische Recht nur die Grundlage bildet, auf welcher das gemeine Recht weiter baute, dass dieses die Ideeen desselben weiter entwickelte und seine Sätze den Anforderungen des veränderten Verkehrsleben anpasste? Dies sind die beiden Möglichkeiten, wie sich das gemeine Recht zur Beantwortung der Frage stellen kann, beide haben ihre Verteidiger gefunden.

Die erstgenannte Ansicht wird vor allem von Keller, Sintenis und Seuffert vertreten. Sie erkennen lediglich bei Zahlung, Darlehnsentnahme und bona fide bezw. in der Auktion erfolgendem Kauf das Selbtkontrahieren an. In diesem Sinne scheint sich auch eine Entscheidung des Reichsgerichts[1]) und eine solche in Seufferts Archiv[2]) auszusprechen.

Es ist jedoch in Erwägung zu ziehen, dass das, was uns die Römer auf diesem Gebiete wie auch auf vielen andern[3]) bieten, Detailarbeit ist: sie haben einzelne Fälle entwickelt und jeden ohne Rücksicht auf die andern allein aus praktischen Erwägungen heraus entschieden. Sollen nun aus dem Grunde, weil für einzelne Verträge ein Selbstkontrahieren nicht quellenmässig bezeugt ist, indem vielleicht solches nicht Ursache eines Rechtsstreites geworden oder eine Entscheidung hierüber nicht im corpus juris aufgenommen ist — sollen darum diese Verhältnisse einen Vertragsschluss mit sich selbst auch heute noch nicht zulassen?

---

[1]) R.-G. in Civilsachen Bd. 6 n. 3 p. 14.

[2]) Bd. 5 n. 193 p. 784.

[3]) Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berl. 1887. p. 6.

Wie wird das Volksbewustsein, der juristisch nicht geschulte Verstand sich zu folgenden Fällen stellen? Ein Generalbevollmächtigter bezieht ein Haus, dessen Verwaltung ihm übertragen ist, und führt dafür den angemessenen Mietzins in das verwaltete Vermögen ab. Oder ein Banquier, der zugleich Vorstand einer juristischen Person ist, deponiert Gelder derselben bei sich gegen die übliche und angemessene Entschädigung. Sollen diese Geschäfte (bona fides natürlich vorausgesetzt) ungültig sein?

Man denke an die bedeutenden Umgestaltungen, welche das römische Recht in Deutschland erfahren hat, an die vielfach veränderten Lebens-, Verkehrs- und Gesellschaftsverhältnisse! Da ist von hervorragendster Bedeutung die im gemeinen Recht entwickelte prinzipielle Zulassung der direkten Stellvertretung. — In welch' nahem Zusammenhange die direkte Stellvertretung zur Entscheidung unserer Frage steht, haben wir oben nachzuweisen gesucht.[1]) — Es kann heute sowohl bei der freiwilligen wie bei der notwendigen Vertretung jede Art von Rechtsgeschäften, also nicht allein, wie im römischen Recht, die Realgeschäfte, mit unmittelbar den Vertretenen berechtigender und verpflichtender Wirkung vom Vertreter abgeschlossen werden.

Ein anderer Umstand, welcher für die Stellung des gemeinen Rechts zu unserer Frage im Vergleich zu derjenigen des römischen Rechts von Belang ist, wäre der, dass die sogenannte notwendige Vertretung durch Sklaven und Gewaltunterworfene die erste ganz, die letzte zum grossen Teile weggefallen ist. Nachdem dieser Ausweg, ohne Vertrag mit sich selbst dennoch die Wirkungen eines solchen hervorzubringen, unmöglich geworden ist, musste das Bedürfnis die ausdrückliche Zulassung des Selbstkontrahierens für alle Arten von Geschäften gebieterisch verlangen, ohne dass wir leugnen wollen, dass einzelne Arten immerhin vor anderen wegen ihrer Häufig-

[1]) Vergl. R.-G. Bd. 6 n. 3 p. 13.

keit auf eine solche Anerkennung drängten[1]) und dass diese sich im wesentlichen mit den im römischen Recht zugelassenen decken mögen.

Diesem Bedürfnisse kam ein Moment entgegen, welches die Zulassung eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst wesentlich erleichtert und befördert: das sind die modernen Vertragsformen, von denen sich eine Reihe ohne jede Schwierigkeit von einem Selbstkontrahenten benutzen lässt. Vorzugsweise sind das die schriftlichen Verträge, bei denen der Vertreter an den verschiedenen Stellen, wo die beiden Parteien zu unterzeichnen pflegen, seinen Namen schreiben kann, einmal für den Vertretenen und einmal als Subjekt eigener Rechte für sich.[2])

Unserer Ansicht nach war bereits im römischen Recht der selbstkontrahierte Kauf nicht an die Voraussetzung gebunden, dass er in der Auktion erfolgte. Selbst wenn man jedoch die letztere Beschränkung für richtig halten sollte, kann man sie nicht mehr für das gemeine Recht einhalten, da bei uns die Auktion bei weitem nicht mehr die Rolle spielt wie im alten Rom. Hier war dieselbe das hauptsächlichste Mittel, einen angemessenen Preis festzustellen.[3]) Denn von sog. Markt- oder Durchschnittspreisen hören wir nirgends etwas. Heute stehen uns ganz andere Mittel zu Gebote, um die Angemessenheit der Gegenleistung des Vertreters, namentlich des Kaufpreises, festzustellen. Bei der Auktion wurde der angemessene Preis durch das Höchstgebot konstatirt. Heute z. B. „stellt der gemäss seiner Amtspflicht und auf Grund seiner

---

[1]) Ansaldus de Ansaldis, discursus legales de commercio et mercatura 1689 n. 40, spricht von der Sitte der Kaufleute, sich selbst zu zahlen: nedum est juridica et rationabilis, verum etiam quodammodo necessaria. Auch Turri l. c. n. 11 erwähnt frequens ille usus mercatorum sibimet ipsi solvendi.

[2]) So schon Turri l. c. n. 2, Keyssner, Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878, zu art. 114 Anm. 4. R.-G. VII. n. 38 p. 120.

[3]) Rümelin p. 446.

Erfahrung handelnde Handelsmäkler den angemessenen Verkaufspreis fest.“ (R.-G. V. n. 14 p. 61.) Hier heisst es weiter, für diese Ermittlung sei es gleichgültig, ob überhaupt wirklich verkauft sei, und sollte dies der Fall sein, von wem das höchste Gebot ausgegangen oder von wem der dem Handelsmäkler als angemessen erscheinende Kaufpreis geboten ist, von einem dritten oder vom Verkäufer selbst. Ferner haben wir jetzt allgemein Markt- und Börsenpreise für markt- und börsengängige Waren, und für andere Sachen lässt sich heutzutage stets der angemessene Preis ermitteln. Der Selbstkontrahent wird also stets oder doch in den weitaus meisten Fällen die Angemessenheit seiner Gegenleistung nachzuweisen imstande sein.

Aus allen diesen Gründen nehmen wir an, dass im gemeinen Recht das Selbstkontrahieren für alle Arten von Rechtsgeschäften[1]) und für alle Vertreter[2]) statthaft ist. Die Voraussetzungen, welche die Römer vor allem für den selbstkontrahierten Kauf entwickelt haben, gelten nun für jeden Vertrag eines Stellvertreters mit sich selbst. Hier wollen wir sie nur kurz anführen, indem wir auf unsere ausführlichere Darstellung oben zuzurückverweisen.

Der Vertreter muss stets palam et bona fide handeln, er muss sorgfältig bedacht haben, ob die Interessen des Vertretenen durch das abzuschliessende Geschäft nicht geschädigt, vielleicht sogar gefördert werden. Rümelin geht zu weit, wenn er verlangt, dass ein direkter Vorteil des

---

[1]) So vor allem auch Römer und Windscheid Bd. II. § 388 Anm. 14 p. 413, Zasius (tom I. si certum petatur zu l. singularia n. 27 p. 321) . . . immo tutor potest obligare et obligari active et passive ex parte pupilli, non solum in mutuo, sed in omni contractu, dum hoc facit palam . . . . . .

[2]) Ausnahme nur nach nov. 72. Den Spezialvertreter ganz anders zu behandeln, wie dies Rümelin thut, liegt kein genügender Grund vor.

Vertretenen unerlässliche Vorbedingung des Selbstkontrahierens sei. Diese Forderung lässt sich durchaus nicht aus der Ungültigkeit bei Kollision der Interessen herleiten, wie oben nachgewiesen ist, würde auch dem Vertreter einen schwierigen Beweis aufbürden, im Gegensatz zu dem leicht zu führenden, dass die Interessen des Vertretenen nicht geschädigt sind. Ist der Vertreter mit Recht nach gewissenhafter Prüfung zu der Ueberzeugung gekommen, dass er das Geschäft mit sich selbst abschliessen dürfe, so wird man an der Gültigkeit desselben nicht zweifeln können. Es ist eben, wie ausgeführt, stets quaestio facti, ob nicht durch Interessenkollision das Geschäft ungültig werde.[1])

Heute ist ferner der Nachweis einer unzweideutigen Willenserklärung, des palam-Handelns, bedeutend erleichtert, anderseits eine genaue Kontrolle möglich und üblich. Vormundschaftsgericht, Aufsichtsrat und ähnliche Organe müssen zu vielen Geschäften des Vertreters ihre Zustimmung geben, wenn dieselben gültig sein sollen. Eine sorgfältige Buchführung wird bei uns von einem jeden Vertreter verlangt. Somit sind heute die weitgehendsten Garantien geboten, dass die Interessen des Vertretenen auch dann in ausreichendem Masse gewahrt werden, wenn der Vertreter mit sich selbst kontrahiert. Dass trotzdem der Vertretene durch dolus des Vertreters beschädigt werden kann, ebenso wie jeder andere, liegt auf der Hand, aber gegen solche Möglichkeiten einer rechtswidrigen Benachteiligung zu schützen geht über die Fähigkeit und die Aufgabe des Rechts hinaus.

Zu weit geht wohl eine Entscheidung des Reichsgerichts,[2]) wenn (bei einem Wechselaccept) die Verletzung der Interessen des Vertretenen nur eine Schadensersatz-

---

[1]) Vergl. Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts von Johow und Küntzel Bd. IV. p. 150, 151.

[2]) Bd. 7 n. 38 p. 120.

verpflichtung des Selbstkontrahenten begründen soll. Dieser war beim Vertragsschluss nicht bona fide, das Geschäft wäre also unserer Ansicht nach ungültig. Auch aus dieser Entscheidung geht jedoch hervor, dass nach Ansicht des Reichsgerichts ein Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst statthaft sei.

Das gleiche Resultat ergiebt die Entscheidung vom 27. April 1881 (Bd. IV. p. 297, 302). Nach dieser soll der Vertreter einer juristischen Person dann kein Rechtsgeschäft mit sich schliessen können, „wenn wechselseitig widerstreitende Interessen vorliegen.“ Damit ist aber zugleich anerkannt, dass, soweit die Interessen des Vertreters und des Vertretenen sich nicht unvereinbar gegenüberstehen, ein Selbstkontrahieren zugelassen ist.

Natürlich steht es dem Vertretenen frei, das Selbstkontrahierungsrecht seines Vertreters, falls das Verhältnis auf Mandat beruht, zu beschränken, oder ganz auszuschliessen. Verträge bei Generalbevollmächtigten, Statuten von juristischen Personen, Vormundschaftsordnungen u.s.w. können ein solches, von dem dargestellten dispositiven Rechte abweichendes Verhältnis schaffen.

Nur für einen Fall scheint im gemeinen Recht allgemein ein Rechtsgeschäft des Vertreters mit sich selbst ausgeschlossen zu sein: Beamte dürfen nichts auf der von ihnen geleiteten Auktion erstehen.[1]) So ist in einem Falle z. B. entschieden, dass ein Konkursrichter nicht das Haus, welches er subhastiert, an sich oder an einen Scheinkäufer, der für ihn erwerben soll, verkaufen dürfe.[2]) Es ist zwar streitig, ob der versteigernde Beamte als Stellvertreter des

---

[1]) So Dernburg, Pfandrecht § 120 p. 263, Riehl l. c. p. 43, Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Lpzg. 1864, Bd. III. § 283 p. 749, Regelsberger, p. 188.

Ein württembergisches Gesetz gleichen Inhalts führt Rönner p. 89, ein ebensolches oldenburgisches Seuffert, Archiv Bd. 18 n. 222 p. 349 an.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 28 ebenda.

Verkaufenden anzusehen sei[1]), es erschien jedoch angebracht, diese Besonderheit anzuführen.

Wenn jemand zwei Personen vertritt und zwischen diesen ein Rechtsgeschäft abschliessen will, so wird man eine Disposition zu Gunsten eines anderen Vertretenen in dem gleichen Umfange für zulässig erachten, wie zu Gunsten der eigenen Person. Es sind also die geltenden Grundsätze des Selbstkontrahierens auf diesen Fall entsprechend anzuwenden.[2])

§ 13.

Nachdem wir die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach gemeinem Recht erörtert haben, liegt es nahe, einen Vergleich mit derjenigen Normierung zu ziehen, welche dieses Problem im „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“ gefunden hat.

In der ersten Lesung hat man unbedingt das Princip der Möglichkeit eines Vertragsschlusses des Stellvertreters mit sich selbst anerkannt. Leider äussert sich der Entwurf selbst nicht direkt über die Frage. Wohl aber ergiebt sich aus der Fassung des § 45 und des § 1651 ein argumentum e contrario für diesen Ausgangspunkt des Gesetzes: „Die beiden Paragraphen tragen mit aller Deutlichkeit den Stempel kasuistisch gefasster Ausnahmen.“[3]) In den Motiven zum Entwurf ferner (Bd. I. § 115 p. 223 und Bd. IV. § 1651 p. 1008) wird jenes Prinzip ausdrücklich zugestanden. In seiner Anwendung ist es auf einzelne Arten von Rechtsgeschäften nicht beschränkt. Dagegen sind bezüglich der Arten der Vertreter den Generalbevollmächtigten ausgedehntere Befugnisse für ein Selbstkontrahieren zugestanden als den gesetzlichen Vertretern, einschliesslich der Vertreter juristischer Personen, wie sich aus den angezogenen Bestimmungen ergiebt.

---

[1]) siehe oben.

[2]) So auch R.-G. Bd. 6 n. 3 p. 13.

[3]) Rümelin p. 279.

Auf einem hiervon durchaus verschiedenen Standpunkte steht die zweite Lesung des Entwurfes, indem sie im § 149[1]) bestimmt: „Ein Vertreter kann, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Der Grund, weshalb die Kommission in der zweiten Lesung eine zur ersten direkt entgegengesetzte Stellung betreffs unserer Frage einnimmt, wird übereinstimmend[2]) dahin angegeben, dass der Verkehrssicherheit zuliebe das Verbot des Selbstkontrahierens angenommen sei, „welches nur dann nicht Platz greift, wenn dem Vertreter durch das seine Vertretungsmacht begründende Gesetz oder Rechtsgeschäft das Selbstkontrahieren gestattet ist." Die Gefahr eines Widerstreites der Interessen und einer Schädigung des Vertretenen liege stets vor, selbst da, wo man, dem Verkehrsbedürfnis nachgebend, eine Ausnahme von dem Verbot zugelassen hat, d. i. bei den lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehenden Rechtsgeschäften.

Natürlich hat eine derartige Abänderung in den Bestimmungen des Entwurfes einen lebhaften Kampf herbeigeführt: Während die einen[3]) warm für die Normierung des ersten Entwurfes eintreten und sogar ausdrückliche

---

[1]) Hiermit stimmt wörtlich überein § 177 in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage und § 181 der durch den Reichstag beschlossenen Fassung.

[2]) So Denkschrift zum Entwurf p. 30, Gruchots Beiträge V. Folge 1. Jahrg. 2. und 3. Heft; vergl. ferner die unten Citierten.

[3]) Bingner, Bemerkungen zu dem Entwurf § 4 und im Sächsischen Archiv für bürg. Recht u. Proz. Bd. III. p. 290; Brettner, Zwei Studien zum Entwurf im Archiv für bürgerl. Recht Bd. II. p. 179; Hölder im Archiv für civilist. Praxis Bd. 80 p. 47; auch wohl Gierke, Der Entwurf und das deutsche Recht, Lpzg. 1888, p. 167, 185, 493, wörtlich übereinstimmend mit der Ausgabe von 1889 p. 149, 170.

Zulassung des Selbstkontrahierens verlangen, sehen die andern[1]) in den Bestimmungen des zweiten Entwurfs das schwierige Problem gut und richtig gelöst. Von beiden Seiten sind für und wider die von uns oben des längeren ausgeführten Gründe herangezogen.

Gemäss unserer Auffassung der ganzen Frage sind wir davon überzeugt, dass die im ersten Entwurf getroffene Regulierung, welche derjenigen des gemeinen Rechts im wesentlichen entspricht, der im zweiten Entwurf konstruierten Beschränkung der Befugnisse eines Stellvertreters entschieden vorzuziehen ist, dass sie den Interessen des Vertretenen zweifellos gerecht wurde und zugleich den praktischen Anforderungen des täglichen Verkehrs wie dem Volksbewustsein entsprach. Es ist jedoch immerhin anzuerkennen, dass der zweite Entwurf eine einfache und nicht unbrauchbare Entscheidung getroffen hat, indem er das Selbstkontrahieren wenigstens da zulässt, wo es das Bedürfnis am dringendsten verlangt, und die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen gewöhnlich ausgeschlossen ist.

---

[1]) Bähr, Gegenentwurf, Kassel 1892 p. 29, 332; Leonhard, Die besonderen Rechtszweige im Entwurf, Marburg 1892 p. 79, 80; Rocholl, Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes, Breslau 1890 p. 56; Schilling, Aphorismen zum Entwurf, Köln 1888 p. 50.

Nicht bestimmt äussern sich Altsmann, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 76 p. 369 und Greiff in Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik III. Folge Bd. 2 p. 65.